

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'ÉTABLISSEMENT ET LE PAIEMENT

DES

COMPTES DE MITOYENNETÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

sera présenté et soutenu le vendredi 24 mai 1901, à 2 heures 1/2

PAR

CHARLES BALZARD

Président : M. CHAVEGRIN, Professeur.

Suffragants : { MM. LESEUR, Professeur.
CHÈNON, Professeur.

PARIS

V. GIARD & E. BRIÈRE

Libraires-Éditeurs

16, RUE SOUFFLOT, 16

1901

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'ÉTABLISSEMENT ET LE PAIEMENT

DES

COMPTES DE MITOYENNETÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

sera présenté et soutenu le vendredi 24 mai 1901, à 2 heures 1/2

PAR



CHARLES BALZARD

Président : M. CHAVEGRIN, Professeur.

Suffragants : { *MM. LESEUR, Professeur.*
CHÊNON, Professeur.

PARIS

V. GIARD & E. BRIÈRE

Libraires-Éditeurs

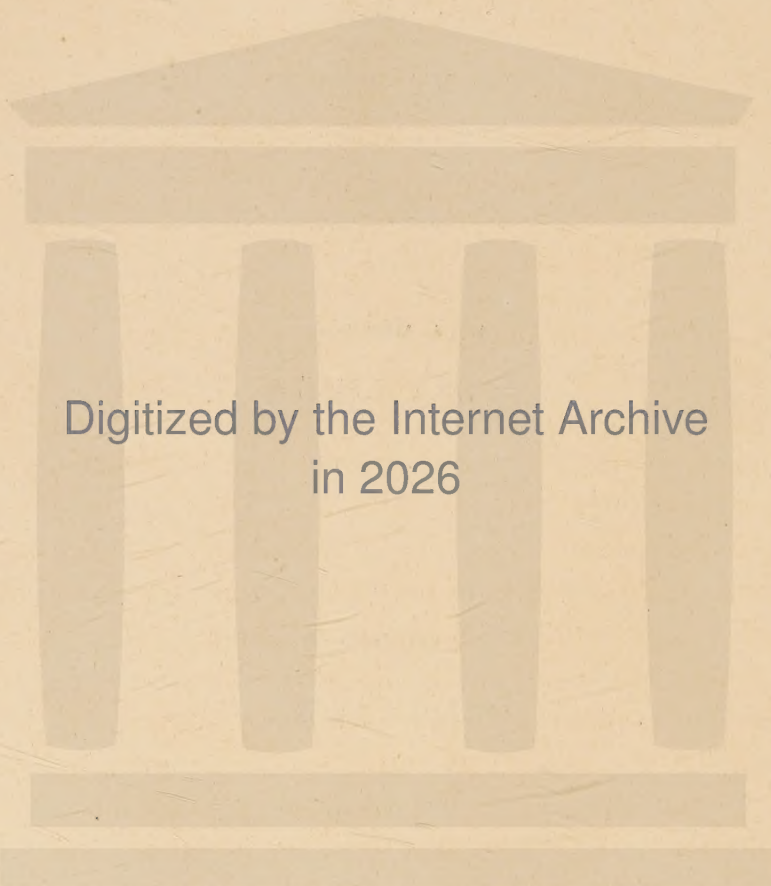
16, RUE SOUFFLOT, 16

1901

A LA MÉMOIRE
DE MA MÈRE

A LA MÉMOIRE
DE MA SŒUR

A LA MÉMOIRE
DE MON PÈRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

PRÉLIMINAIRES

Notre point de départ est le suivant : L'article 661 tel qu'il est inscrit au Code civil autorise les voisins à posséder en commun le mur qui les sépare. Ils vont donc convenir de construire ce mur à frais communs, où s'il est déjà construit, celui qui n'a pas encore le droit d'en jouir va proposer au propriétaire d'en acquérir la moitié. Cette acquisition se fera naturellement moyennant une contribution en argent.

C'est l'établissement de ces créances, de ce compte de construction ou de cession que nous avons à étudier. Et quand les deux voisins sont copropriétaires, si le mur commun est l'occasion de nouvelles modifications c'est-à-dire de nouvelles dépenses nous aurons à préciser là encore, dans quelle mesure, pour quelle part chacun des deux voisins devra contribuer à ces nouveaux frais.

Ce sujet en apparence bien délimité est très vaste si l'on veut l'examiner d'une façon complète car si

nous n'avons pas à préciser directement les droits et les devoirs que confère la mitoyenneté à toutes les personnes qui sont en rapport avec elle, nous aurons néanmoins à les envisager, car dans un compte de mitoyenneté on peut par convention déroger aux droits tels qu'ils sont réglés dans la loi, sauf à indemniser le voisin de ces usurpations en modifiant les éléments du compte établi, en lui accordant un chef créance supplémentaire. De même aussi, quand en usant de nos droits nous commettons une faute, si en démolissant un mur nous lésons gravement et indument un locataire, nous aurons à payer au voisin non pas seulement des frais d'étalement ou des indemnités de surcharge mais les indemnités dues aux locataires voisins, et ceci nous amènera forcément à discuter le bien fondé de ces indemnités, à préciser leur base et à déterminer leur quantum, ce qui revient à examiner les droits et devoirs des voisins.

Notre étude à la fois théorique et pratique comprendra donc, comme bases essentielles conformément au titre que nous lui avons donné :

D'une part la recherche de tous les cas où une créance quelconque prend naissance au profit de l'un des voisins copropriétaires du mur, et pratiquement les moyens de faire établir et constater cette créance. Nous aurons à faire cette recherche dans deux hypothèses : 1° quand le voisin se sera livré sur le mur mitoyen à des voies de fait, à des usurpations sans qu'aucun accord à ce sujet soit intervenu entre lui et

son voisin ; 2^o quand le voisin fait usage de mur après une convention bien déterminée qui règle les conditions et les circonstances de cet usage.

D'autre part, nous verrons la nature de la créance née contre le copropriétaire voisin, son caractère personnel ou réel, cela dans toutes les hypothèses où nous la rencontrerons, et pratiquement : les moyens de conserver cette créance, les procédés à suivre pour la recouvrer, c'est-à-dire pour la faire valoir et en toucher le montant.

Un point pourrait étonner, au premier abord dans le cours de ce travail : c'est la rareté relative des documents de jurisprudence en la matière. Ceci tient à ce que toutes les contestations qui concernent la mitoyenneté sont soumises à des architectes experts, et que ces experts concilient beaucoup. On n'a été devant les tribunaux que pour les questions grosses de conséquences à la fois doctrinales et pratiques, mais pour les questions de détail (c'est un hommage à rendre aux efforts de messieurs les experts), les parties en cause aboutissent presque toujours à une transaction.

C'est un point que nous ne perdrons pas de vue dans cette matière délicate sur les points que n'a pas réglés la loi, et ceci nous amène à préciser l'esprit dans lequel nous étudierons notre sujet. Nous verrons d'abord le texte ; en cas d'obscurité ou d'insuffisance nous aurons à consulter la jurisprudence, et enfin

si les tribunaux sont muets sur les points discutés, ici encore plus qu'ailleurs, nous raisonnerons en nous basant sur une équité distributive dont nous aurons à tenir compte même en examinant les propositions de transactions.

CHAPITRE I

Cas d'usurpation.

Dans les hypothèses que nous allons examiner il y a contact matériel avec le mur, mais ce mur n'est pas mitoyen. Et parce qu'il n'est pas mitoyen, les travaux qui sont faits sur lui par le propriétaire voisin constituent une possession indue. En effet, l'article 661 suppose de la part du voisin le paiement d'un prix, ou tout au moins un accord établissant la valeur à rembourser par lui, voire même une décision de justice établissant la créance qu'il doit solder au constructeur du mur. Or dans l'espèce aucun de ces faits n'est intervenu. Autrement dit, il y a usurpation grave.

I. — Voyons quelles peuvent être ces voies de fait commises sur le mur, et ces emprises réalisées sans droit. De ces rapports et de ces faits naîtront des actions pour sanctionner les droits nés à leur occasion, c'est évident, mais nous aurons à démontrer qu'il faut bien se garder de confondre ces actions avec l'action en paiement qui naîtra du compte de mitoyenneté.

L'étude de l'usurpation nous permettra donc de délimiter d'une façon précise l'état de mitoyenneté, et d'exclure de sa notion, tous les cas qu'on pourrait y comprendre si l'on n'en précisait pas les circonstances.

Quand un mur n'est pas mitoyen, comment sont réglés les rapports des deux voisins ? Celui qui n'a aucun droit sur le mur est obligé de me laisser passer sur son terrain, si je veux garantir le parement extérieur de mon mur contre l'humidité venant de son fonds, mais il peut s'opposer à mon passage au cas où je voudrais reconstruire le mur, car dans ce dernier cas, je ne peux rien lui imputer comme provenant de son fait, voilà les principes pour ce qui concerne les alentours du mur. Quant au mur lui-même, le propriétaire a le droit d'en user comme il l'entend en observant les règles du voisinage ; le voisin au contraire doit s'abstenir d'en user d'une façon quelconque.

Survient un jour où cependant le voisin fait usage de ce mur. Aussitôt la question doit être la suivante : Cet usage constitue-t-il simplement une tolérance, un acte de bon voisinage consenti par le propriétaire ? ou au contraire est-ce une voie de fait répréhensible dont le propriétaire a le droit de se faire indemniser, et comme nous l'avons fait pressentir par avance, non pas à titre de créancier après cession de la mitoyenneté, mais en qualité de propriétaire dépossédé par usurpation ?

Quels sont ces cas de dépossession ?

On peut utiliser le mur comme *appui*, par exemple comme appui de cheminées, de tas de charbons, etc., innovations qui font courir au voisin des dangers d'incendie, d'humidité ou d'éboulement et qui en tout cas abrègeront la durée de service du mur.

On peut aussi y *attacher* des espaliers, y faire courir des vignes, y fixer des armoires et des tas-seaux. C'est encore un usage indu si une convention ou un jugement ne l'ont pas précédé. Que faut-il penser des *enduits* dont le voisin a recouvert le mur pour en atténuer le blanc trop cru ou pour y dessiner des perspectives de jardins ? Selon nous, il faut distinguer si la peinture qui a été faite constitue un parement profitable au mur et favorable à sa conservation ou au contraire si c'est un enduit dégradant. Dans le premier cas le propriétaire tolérera toujours un acte qui lui profite ; dans l'autre il s'y opposera, par exemple si le voisin voulait de son côté procéder au ravalement du mur, il serait nécessaire d'établir des échafaudages, de sceller, de piocher, ce qui constituerait la prise de possession induë par appui ou *enfouissement* (1). Sans compter que dans l'espèce qui nous occupe le voisin modifie sans droit l'apparence extérieure du mur, cache ses conditions de construction réelle, ce qui peut causer un préjudice au propriétaire quand on aura à ap-

(1) D. 70, 2, 247. Note, et Fournel. *Traité du voisinage*. V. mur, t. II, p. 316.

précier la valeur de son mur, au cas de vente par exemple. La prise de possession existe encore si le voisin enfonce dans mon mur des crochets pour soutenir ses arbres qui penchent. Mais une autre usurpation grave et qui nuit à la solidité du mur existe quand le voisin *déblaie* son terrain de telle sorte qu'il met à nu les fondations du mur voisin ; ou bien il fait l'inverse, il *remblaie* son terrain pour faire une plate bande et adosse des terres contre le mur, ce qui amène une poussée par le tassement et un amas d'humidité de nature à dégrader la maçonnerie.

Y a-t-il encore appropriation illicite de la part du voisin s'il utilise le mur comme mur de fond en y *iuxtaposant* ses constructions sans les y attacher ? La question est délicate et l'espèce se présente souvent pour une remise ou un hangar. A notre avis il n'y a pas là appropriation illicite, le voisin profite simplement d'un état de fait qui existe avant qu'il commence des innovations chez lui, il en profite indirectement comme clôture contre les voleurs, ou comme abri contre le vent, mais il n'est nullement répréhensible car la mitoyenneté est facultative, c'est l'article 661 du Code civil qui nous le dit lui-même (1).

Un dernier cas intéressant est celui d'un locataire qui a fait des constructions sur le terrain qui lui est loué et les *adosse* contre le mur voisin. Sans aucun doute il s'agit là d'une usurpation à réprimer, non seule-

(1) En ce sens Dalloz 95, 1, 66.

ment parce qu'elle est contraire aux formalités préalables à l'acquisition de la mitoyenneté ; mais aussi parce que dans l'espèce l'acquisition de la mitoyenneté ne sera pas possible. En effet la seule personne qui aurait qualité pour réclamer la copropriété du mur, c'est le propriétaire ; c'est-à-dire le bailleur.

Bien entendu il peut se faire que le locataire ait reçu de son bailleur le mandat formel d'acquérir la moitié du mur ; on peut même soutenir avec une apparence de raison que ce mandat est impliqué dans le bail qui donne au locataire le droit de bâtir à la charge de laisser les constructions à l'expiration du bail (1) ; et d'ailleurs même s'il agissait au nom de son propriétaire, cela ne dispenserait pas le locataire ès-qualités, d'acquérir la mitoyenneté d'une façon régulière conformément à la loi et non par voie de fait. Mais ce n'est pas là l'hypothèse qui nous occupe. Nous examinons ici le cas où il est certain que le locataire n'avait reçu aucun mandat, où il a agi de son propre chef, et ceci s'induit notamment de la clause du bail qui l'autorise à construire, mais à ses risques et périls vis-à-vis des voisins, et à charge par lui à la fin de son bail de rendre le terrain tel qu'il l'a reçu, c'est-à-dire nu et nivelé de toutes constructions. C'est dans cette hypothèse que nous estimons que non seulement la mitoyenneté n'est pas acquise par l'usurpation du locataire, ce qui est évident, mais encore qu'on n'est pas en droit de mettre le proprié-

(1) En ce sens Répertoire Dalloz, Servitudes, n° 455.

taire en cause (1). On ne pourrait même pas prétendre qu'il a commis une négligence en ne surveillant pas son locataire, car cette surveillance, il s'en est en quelque sorte déchargé par la clause du bail.

II. — Parmi les cas intéressants où il y a usurpation, il en est un qui apparaît tantôt comme une possession induue, tantôt comme une pure tolérance de la part du voisin, mais dans tous les cas comme une simple occupation de fait sur le mur et qui ne peut se transformer en copropriété mitoyenne par suite d'une impossibilité légale.

C'est le cas où *le mur dont le voisin veut acquérir la mitoyenneté a été construit par le locataire* du terrain. Pratiquement l'espèce est la suivante : Un individu a loué un terrain avec faculté d'y construire, et il a consenti qu'à la fin du bail le propriétaire aurait la faculté de rachat des constructions élevées sur ce terrain, et au cas de non accord sur le prix de rachat, il a stipulé de son côté qu'il aurait, lui, le droit de procéder à la démolition de ces constructions et à l'enlèvement des matériaux. Conformément à la faculté que lui accordait ce bail, le locataire a fait des constructions et notamment un mur de clôture. A la fin du bail, faute d'entente avec son propriétaire pour le rachat des constructions, le locataire veut démolir et, ce qui nous intéresse, il veut mettre à bas le mur

(1) En ce sens : *Gaz. du Palais*, 1899, 2^e partie, v. 2, 142. — Cassation, Dalloz, 92, 1, 379. — 89, 1, 321, avec la copieuse note de M. Bré-sillon, juge au Tribunal civil de la Seine. — Cassation civ., 27 juin 1892. — *Le Droit*, 7 juillet 1893.

construit par lui. Le propriétaire voisin s'y oppose. A-t-il ce droit? Le mur n'est pas mitoyen pour cette raison que le locataire n'a jamais voulu lui en céder la mitoyenneté afin de ne pas se lier les mains pour la fin de son bail. Et son raisonnement était bon. Il s'est dit : si je cède la moitié du mur que j'ai construit j'en toucherai le montant; mais pour l'autre moitié des dépenses, je ne peux pas en imposer le paiement à mon propriétaire et cela d'après les termes mêmes de mon bail. J'ai donc intérêt à rester propriétaire exclusif de mon mur pour en disposer librement à la fin de ma location. Que faut-il décider en la matière et que vaut la prétention du propriétaire qui veut acquérir la mitoyenneté du mur? A notre avis le voisin a le droit de s'opposer à la démolition du mur.

1° D'une part, l'article 661 du Code civil est général : « Tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen », et il n'a pas à s'occuper de savoir qui a bâti; d'ailleurs la convention qui est intervenue entre le locataire et son propriétaire ne lui est pas opposable, c'est pour lui *res inter alios acta*.

2° D'autre part, il est de jurisprudence constante que dès que la mitoyenneté est demandée, il est désormais interdit au propriétaire du mur de le démolir (1).

3° Enfin s'il fallait encore un argument à l'appui, on pourrait dire que la mitoyenneté des clôtures est d'ordre public et que les conventions des particuliers ne peuvent pas aller à l'encontre.

(1) Sirey, 1841, 2, 262 — Dalloz, 1854, 2, 478.

Ce sera donc ici plus que jamais le cas d'introduire un référé où seront mis en cause le propriétaire et le locataire. Et, sans aucun doute, la solution sera la suivante : La prétention du voisin pour acquérir la mitoyenneté sera admise ; le locataire sera débouté de sa résistance, mais pour se dédommager de ce que la convention qu'il avait faite avec le propriétaire va tomber partiellement (comme contraire à l'ordre public qui impose la cession de la mitoyenneté ; et comme se heurtant à un cas de force majeure : la réclamation de la cession) il pourra, au principal, agir contre son propriétaire en paiement de l'autre moitié du mur, en vertu : 1° du principe général que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui ; en se basant sur la plus-value acquise par le terrain augmenté d'une clôture mitoyenne ; 2° si l'on se trouve dans les villes, en se basant encore sur une sorte de gestion d'affaire qui a profité au maître, puisque s'il n'y avait pas eu de mur, il eût été obligé d'en construire un à frais communs en vertu de l'art. 663 du Code civil.

III. — Il resterait à examiner : *les cas où la mitoyenneté n'est pas possible par suite de l'incapacité de celui qui la réclame* ou parce que celui à qui elle est demandée n'a pas la capacité ou les pouvoirs suffisants pour la céder et où par conséquent il y a toujours au point de vue légal une véritable usurpation, sauf au voisin propriétaire à laisser subsister cette emprise par pure tolérance en faisant acte de bon

(1) Dalloz, 92, 1, 37. 79, 1, 35.

voisinage. Mais cette question nous obligerait à voir dans ses détails la théorie des incapacités, celle des pouvoirs d'administration ou d'aliénation, et à retarder encore l'étude de notre véritable sujet qui est surtout l'établissement des comptes de mitoyenneté. Nous nous bornerons à renvoyer aux principes généraux de la matière en disant simplement ici que pour ce qui concerne *l'achat de la mitoyenneté*, il peut être fait par toute personne qui jouit d'une partie des droits réels de propriétaire : donc par l'emphythète, par l'usufruitier ou par l'usager à l'exclusion du locataire (1).

En ce qui concerne la *cession de la mitoyenneté*, la question est plus grave. Elle dépend de la nature de l'opération. Est-ce un acte d'administration, un acte de disposition, impossible de la part d'un héritier bénéficiaire parce qu'il lui ferait prendre parti, est-ce une aliénation, qui étant imposée par la loi, équivaut à un acte de bonne gestion, une transaction, auquel cas pour le tuteur par exemple, les formalités de l'art. 467 s'imposeront ; (autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal), est-ce une simple défense à une action immobilière ? auquel cas ce sont les art. 464, 1428 et 1429 du Code civil qui entreront en jeu (tutelle et mariage).

Cette question sur la nature de l'acte intervenu sera examinée par nous dans un chapitre suivant et nous y renvoyons pour savoir qui aura la capacité pour céder la mitoyenneté.

(1) Dalloz, 1892, 1, 379. — 1879, 1, 35.

Mais dès maintenant nous pouvons trancher la difficulté qui peut s'élever dans une espèce particulière et qui ne rentre pas dans la théorie générale de la capacité.

Supposons un propriétaire de deux immeubles voisins. Il les vend tous les deux, mais il désire que le mur qui les sépare soit mitoyen entre les 2 nouveaux acquéreurs. A cet effet, il *se réserve dans l'une des ventes la moitié* du mur pour la céder plus tard à l'acquéreur voisin. Mais par inadvertance il oublie de faire cette cession dans la deuxième vente. Comment régler la situation ? Le voisin qui n'a pas droit à la mitoyenneté est-il réduit par la force des choses à ne pas régulariser la situation, à n'exercer sur le mur contigu que des emprises de fait qui seront des tolérances de la part du copropriétaire, ou si ce deuxième acquéreur a besoin de la mitoyenneté du mur, à qui devra-t-il s'adresser pour en obtenir la cession ? Sera-ce au voisin ? mais aux termes de l'acte qui l'a rendu propriétaire, ce voisin n'a de droit que sur la mitoyenneté, il n'est pas du tout propriétaire exclusif de ce mur, il semble donc qu'il n'a pas qualité pour céder la partie du mur qui n'est pas dans son patrimoine ; — demandera-t-il la cession à son auteur, mais ici également la situation juridique paraît bizarre, cet auteur qui est son vendeur aura donc été, ne serait-ce qu'un instant de raison, *titulaire d'une servitude active*, à savoir : le droit à la mitoyenneté du mur, et cela indépendamment d'un fonds de terre auquel cette

servitude profiterait; cette situation est manifestement contraire à l'article 637 qui n'admet plus que les services fonciers, c'est-à-dire les charges dues par un fonds à un autre fonds. Quelle est donc la solution ?

Il faut pour parvenir à résoudre la question ne pas oublier que la mitoyenneté est un droit indivis, un droit qui est le même sur toutes les parcelles qui composent le mur, et qui n'est pas localisé à droite ou à gauche de ce mur. Et si par hasard l'un des copropriétaires disparaît, le droit du voisin s'augmente d'autant, par une sorte de subrogation légale, ou mieux encore par une sorte de droit d'accroissement s'opérant de plein droit. Si donc en se dessaisissant de son immeuble le vendeur n'a pas parlé du mur mitoyen, à son égard la servitude de mitoyenneté n'existe plus; restent en présence le voisin qui a des droits sur le mur et celui qui n'en a pas. Et comme d'une part la servitude de l'art. 661 qui consiste pour nous dans *l'obligation* de céder la mitoyenneté ne se présume pas et n'existe que sur la demande du voisin, que d'un autre côté le droit restreint du premier acquéreur s'est accru, la situation sera la même qu'entre le propriétaire exclusif d'une clôture et son voisin qui lui en réclame la mitoyenneté. C'est donc entre eux seuls qu'il y a lieu d'établir un compte de cession.

Tels sont les cas où il y a appropriation illicite du mur voisin et où, au point de vue légal, il n'y a jamais qu'un simple état de fait.

Sanction. — Comment sont sanctionnés ces états de fait ? De quelle façon sont garantis les droits du propriétaire quand il ne veut pas tolérer les usurpations commises à son préjudice ? A notre avis la question ne peut faire aucun doute.

Si en dehors de toute convention mon voisin fait usage du mur, ce n'est pas douteux : c'est une usurpation contre ma propriété. Je n'ai donc pour me défendre qu'à user des moyens du droit commun. C'est-à-dire que j'agirai par les actions possessoires, et si elles ne suffisent pas, par l'action réelle en revendication ; et cela se conçoit, car la voie de fait commise n'a créé aucune acquisition, aucun lien juridique permettant à l'un de se dire désormais propriétaire, et à l'autre d'agir en paiement d'un prix de cession. Le mur appartient toujours au voisin qui l'a construit ; ce voisin n'a qu'un droit, mais un droit suffisant pour se garantir : exiger la restitution de ce qui lui est pris et la démolition de tout ce qui peut porter préjudice à sa propriété. Cette situation est rigoureuse pour l'usurpateur, mais elle est équitable et juridique.

Un arrêt de cassation (1) dit bien que la destruction des travaux n'est pas absolument obligatoire, que c'est à la sagesse des tribunaux qu'il appartient de décider sur ce point, mais nous le verrons plus loin, cet arrêt concerne exclusivement le cas où le mur est déjà mitoyen, où le constructeur est déjà proprié-

(1) Dalloz, 1899, 1, 268.

taire et ne fait que dépasser la limite de ses droits légitimement acquis, et nous ne sommes pas autorisés à étendre cette décision à l'espèce qui nous occupe, bien que les travaux à détruire soient plus considérables et qu'il y ait un intérêt plus grand à les maintenir.

En fait, cependant, dans les nombreux cas où la question se pose, il est évident que souvent le voisin qui est en droit d'invoquer l'article 661, et qui le lendemain même de la démolition exigée par le propriétaire, pourrait après convention, jugement, ou paiement, rétablir le mur qu'il avait construit indûment, fera des démarches auprès de ce propriétaire pour éviter des frais inutiles et pour parvenir à un arrangement amiable. Mais ceci, notons-le bien, ce sera un arrangement de fait, une transaction qui ne porte nullement atteinte aux principes stricts du droit que nous avons posés plus haut et qui n'empêche pas que le seul droit dont pouvait jusqu'alors user le propriétaire, c'était de revendiquer contre l'usurpateur. La transaction intervenue sur la menace d'une revendication imminente — cette transaction que peut accepter le propriétaire, c'est un élément nouveau qui intervient ; si le revendiquant consent à toucher une indemnité aux lieu et place de la restitution qui était fondée sur son droit de propriété, c'est grâce à une convention postérieure, grâce à une

vraie novation par changement de cause et d'objet (1).

Cet arrangement n'aura donc rien à faire avec l'instance engagée par le propriétaire du mur, mais ce sera un moyen d'arrêter cette instance si le demandeur y consent ; autrement dit et pour employer des expressions romaines, cette transaction, cette acceptation d'une somme d'argent au lieu d'une restitution, c'est pour le propriétaire une faculté et non une obligation ; ce n'est une « *facultas solutionis* » que pour le demandeur, jamais pour l'usurpateur.

Cette situation, pourtant bien nette, n'a pas été comprise ainsi par tous les auteurs et jurisconsultes (2).

Certains d'entre eux ont cru trouver une solution sans réplique dans l'article 555 du Code civil et contrairement à ce que nous avons dit, ils prétendent que sur l'action en revendication dirigée par le propriétaire du mur, le voisin a le choix soit d'enlever ses constructions, soit de les abandonner, auquel cas elles accroîtront le mur par une sorte d'accession, soit enfin d'en garder la jouissance en payant au propriétaire une indemnité de cession, indemnité qui pourrait être imposée au revendiquant. Ce serait, on le voit, une « *facultas solutionis* » accordée à l'auteur

(1) En ce sens : Dalloz, 1890, 2. 75. bien que la rédaction de l'arrêt paraisse contraire à notre théorie. Adde : note sous l'arrêt.

(2) Dalloz. Pau, 1889, 2, 285. — Paris, 1889, 2, 245, Cassation, 1889, 1, 321. — Paris 1890, 2. 75. — 1891, 2, 95. — 1892, 2, 432. — Dalloz, Action, n^{os} 124 et suiv. — Privilèges, n^{os} 427. — Servitudes, n^{os} 482. vente n^{os} 1096. 3^e supplém. v^o Action, 12.

d'une voie de fait et dont le voisin serait obligé de se contenter. Mais la base sur laquelle s'appuie cette théorie n'existe pas ; l'article 555 examine le cas où un usurpateur a droit à une indemnité pour les plantations ou pour les matériaux qu'il a incorporés au sol d'autrui ; et en réalité nous cherchons, nous, le cas inverse, c'est-à-dire le cas où l'usurpateur doit soit une indemnité, soit une restitution. L'espèce n'est pas la même, on ne peut assurément pas raisonner par analogie.

D'autres ont dit que ce qui sanctionne l'usurpation ce n'est pas la revendication et ces auteurs veulent imposer au revendiquant soit la restitution, soit une indemnité de dépossession au choix du voisin. Ce n'est pas la revendication, disent-ils, car ils veulent que cette action puisse aboutir au paiement d'une somme d'argent. C'est, d'après eux, une action réelle *sui generis* contre tout détenteur, car la copropriété n'est acquise que sous la condition suspensive du paiement. Jusque-là un vice empêche cette cession, et n'en fait qu'une possession attentatoire à la propriété. Le seul moyen de faire cesser ce vice : « c'est de payer ou de délaisser ». Mais outre que cette théorie est contraire à la nôtre qui admet l'acquisition légitime même avant tout paiement, elle a le tort d'introduire dans les principes des actions hybrides à la fois réelles et personnelles qui embrouillent tout et empêchent les solutions claires.

Nous maintenons donc notre solution. Tant qu'il y

a voie de fait sans convention ou en l'absence d'une sentence judiciaire l'autorisant : le seul moyen d'agir pour le propriétaire, c'est la revendication possible contre tout détenteur quelconque et obligeant à la suppression de tout ce qui est possédé sans droit. Nous en tirerons plus loin des conséquences pratiques importantes qui nous feront apprécier combien il était utile de différencier nettement cette situation, du cas où l'action exercée est l'action en paiement du compte de mitoyenneté.

Le moment est venu d'examiner d'une façon précise l'époque et les conditions auxquelles peut avoir lieu l'acquisition légale de la mitoyenneté, moyennant un prix immédiatement versé ou à payer dans un délai déterminé.

CHAPITRE II

Acquisition de la mitoyenneté

Notre thèse est la suivante : l'acquisition ne peut résulter d'une voie de fait, d'une prise de possession pure et simple. Si le paiement préalable du prix n'est pas nécessaire pour opérer définitivement la cession, nous prétendons qu'il faut du moins une convention ou une décision de justice constatant le transfert, ses conditions et ses charges.

Mais l'accord est loin d'être fait sur ce point.

Trois systèmes se sont fait jour : Le premier dit que l'acquisition de la mitoyenneté a lieu dès qu'on fait usage du mur et que cette acquisition est une acquisition *lege* c'est-à-dire une acquisition qui se réalise par la seule volonté de la loi et de laquelle naît sans autre formalité la créance du compte de mitoyenneté. Le deuxième, et c'est notre système, dit que le fait générateur de la cession est la rédaction d'une convention ou l'obtention d'un jugement, que jusqu'alors tous les contacts ou rapports avec le mur sont illicites et permettent d'exiger leur

suppression et des dommages-intérêts; le dernier système prétend que l'acquisition de la mitoyenneté n'a lieu que par le paiement du prix de sa valeur.

Quel est le bien fondé de ces théories? Nous étudierons d'abord les deux systèmes contraires au nôtre, ce qui nous permettra après les avoir réfutés, de démontrer que notre opinion est celle qui est à la fois conforme aux textes de la loi et aussi conforme à l'équité.

Premier système. — *Le seul fait de faire usage du mur équivaut à l'acquisition de la mitoyenneté* par le seul effet de la loi (1). Et cela se comprend, dit cette théorie : dès que le voisin use du mur, son acte équivaut à la réclamation de la mitoyenneté; c'est la réclamation virtuelle de la servitude inscrite dans l'article 661 du Code civil (2).

Conséquences : c'est le fait qui va obliger le propriétaire à céder la copropriété de son mur.

Peu importe qu'il n'ait pas été avisé préalablement, la prise de possession remplace cet avis sans méprise possible. Peu importe aussi que le règlement du prix à payer ne soit pas encore fait, à plus forte raison aussi que ce prix ne soit pas encore payé. C'est un règlement qui se fera plus tard, c'est l'obligation corrélative de l'acquisition faite par le voisin que ce voisin devra exécuter, mais qui n'empêche pas que la transmission de propriété ait lieu dès maintenant.

(1) Voir en matière de passage Dalloz, 1879, 1. (461).

(2) Dalloz, Cour de Rouen, servitude, n° 459. — *Gazette du Palais*, 1888, 2, 150, 1896 1, 228. — Laurent, t. 7, n° 521.

On dit à l'appui de cette thèse : 1° Le propriétaire en construisant son mur a dû, aux termes de la loi, donner par avance son acquiescement tacite à la cession de la mitoyenneté. La meilleure preuve, c'est que quand il a construit il a dû soit laisser dans son mur des pierres d'attente, soit disposer ses pignons à de certains intervalles, soit enfin s'abstenir de certaines constructions dans ce mur ; 2° l'article 661 n'impose pas le paiement préalable ou concomitant de la mitoyenneté ; c'est l'interpréter faussement que d'y voir cette condition ; c'est au propriétaire à se prémunir pour assurer son paiement — on ne peut pas ici invoquer par analogie l'art. 545 et la loi de 1841, qui exigent le versement préalable de l'indemnité.

Ces arguments sont de peu de valeur : 1° Si l'article 661 n'impose pas le paiement préalable, il ne dit pas davantage que la prise de possession sera immédiate avant tout paiement ni même que l'acquisition de la propriété se fera de suite sans autre condition (d'ailleurs en matière de mitoyenneté que servirait l'acquisition de la propriété sans prise de possession possible ?). Autrement dit si l'art. 661 ne dit pas que la condition pour acquérir la mitoyenneté est d'en payer d'abord la valeur, il ne dit pas non plus que c'est le fait d'utiliser le mur qui oblige au paiement. On ajoute donc au texte pour essayer d'en tirer un argument. 2° Faut-il voir dans les pierres d'attente et les autres charges à observer dans la construction la preuve d'un accord tacite et d'un consentement

donné d'avance à la cession de la mitoyenneté ? Nous ne le croyons pas. Ce qu'on nous oppose tient plutôt à l'observation des règlements administratifs qui concernent l'ordre public, et qui sont imposés pour le cas où il aurait lieu à mitoyenneté, mais qui n'excluent nullement la possibilité de régler les conditions et l'époque où aura lieu la cession.

Enfin ce qui prouve à notre avis la fausseté de cette théorie, c'est qu'on ne voit pas comment une fois la mitoyenneté acquise, le propriétaire pourra soit conserver sa créance, soit la recouvrer contre son débiteur. On dit : le paiement n'étant pas préalable, c'est au cédant à se précautionner pour l'assurer.

Mais comment ? sans discuter ici la question de savoir s'il y a à son profit privilège de vendeur ou hypothèque, qu'inscrira-t-il ? A-t-il entre les mains une convention, un jugement, une preuve quelconque de la cession ? Non seulement nous ne voyons pas la possibilité de remplir cette formalité, mais comment déterminer le délai de 45 jours dans lequel le vendeur peut inscrire son privilège ? Partira-t-il dès le début des travaux exécutés par le voisin ? Après leur exécution, ou seulement à partir de l'époque où le propriétaire dépossédé en a eu connaissance ? Et par quelle action poursuivra-t-il l'acquéreur en justice ? Sera-ce par l'action née d'un *quasi-contrat* puisque le fait d'usurpation est licite dans cette théorie ? Mais les quasi-contrats sont énumérés limitativement par la loi (Laurent, t. xx, p. 309). — Agira-t-on contre lui

en vertu du *principe d'éternelle justice* qui s'oppose à l'enrichissement sans cause et aux dépens d'autrui? Dans ce cas il est à remarquer *d'une part* que les auteurs de ce système ne sont pas d'accord. Ils évaluent comme enrichissement le profit tiré du mur c'est-à-dire son usage et non pas sa propriété, or c'est un élément bien arbitraire et qu'il est bien difficile d'évaluer exactement; *d'autre part* bien souvent l'usurpateur aura vendu son immeuble, son ayant-cause aura payé la moitié du mur parce qu'il le croyait mitoyen; et si nous sommes autorisés à agir malgré tout contre lui, c'est que notre action repose sur une autre base, cette base n'est sûrement pas l'article 1184 (1) car si dans l'article 661 on voit malgré tout deux obligations corrélatives, elles ne sont pas nées d'un contrat mais de la voie de fait qu'autorise et que légitime la théorie que nous étudions. On a dit que c'était l'article 1382 du Code civil qui veut qu'on répare le dommage causé sans droit à autrui; et cet article, a-t-on dit encore, pourrait être invoqué non pas seulement contre l'auteur de l'usurpation mais aussi solidairement contre tout détenteur qui par sa seule possession continue, perpétue et s'associe en quelque sorte à l'entreprise illégale de son vendeur. Ce serait une sorte de délit en cas de mauvaise foi-quasi-délit au cas de bonne foi.

Mais ici encore que ferons-nous, si nous nous

(1) Toutefois Dalloz, 89, 2, 245.

trouvons en présence d'un détenteur qui a payé à son vendeur la valeur de la mitoyenneté (1) ?

On le voit c'est l'embarras sur tous les points.

Le 2^e système nous fournit-il une solution plus juridique et plus claire ?

2^e système. — La mitoyenneté du mur, dit le 2^e système, n'est transmise et acquise que par le *paiement du prix* représentant sa valeur (2).

Voilà qui est clair, mais est-ce conforme aux principes de notre droit ? Un premier point qui choque dans cette théorie, c'est que les deux prestations doivent se faire en même temps et semblent un retour au *formalisme* romain, on doit compter la somme d'argent au vendeur, lui remettre en mains avant de pouvoir appréhender la chose, prétendre un droit quelconque sur le mur. Jusqu'à ce paiement l'illégalité existe et survit, il y a impossibilité de se servir du mur, même s'il y a eu un règlement sur les charges et les conditions de la mitoyenneté et un accord sur le prix à verser (3).

Les partisans de cette théorie en fournissant cette garantie au vendeur se font gloire d'atténuer ainsi le droit exorbitant que constitue le droit à la mitoyenneté. Mais on peut leur reprocher d'être trop formalistes et trop rigoureux. Ainsi que nous allons le

(1) Contre ce 1^{er} système : Dalloz, 89, 2, 245.

(2) Cour Paris, D., 1889, 2, 245. — Cassation, Dalloz, 1889, 1, 321, et dissertation de M. Brésillion.

(3) Cour de Paris, 14 juin 1888, Dalloz, 1889, 2, 245.

démontrer avec le 3^e système qui est le nôtre, pour concilier à la fois la garantie des droits légitimes et l'intérêt de la pratique, on doit admettre que le fait nécessaire et suffisant pour transmettre la mitoyenneté, c'est l'acte (*instrumentum*) qui détermine comme pour toutes les ventes pures et simples l'objet, les circonstances de la cession et le prix.

3^e système. — Le fait générateur de l'acquisition de la mitoyenneté, *c'est la convention ou à défaut d'accord la sentence judiciaire établissant les conditions de la cession*. (Cassation. Chambre des requêtes déjà cité.) (Article 1583 du Code civil).

Nous distinguons ainsi deux périodes bien distinctes en ce qui concerne la possession des murs.

La 1^{re} : celle qui précède la convention : cette possession ne peut alors s'expliquer et subsister que grâce à la tolérance du voisin, sinon c'est une usurpation illicite que ce voisin a le droit de faire cesser.

La 2^e période est celle qui suit la convention ou la sentence. Dans cette période l'occupation du mur est licite. Le paiement de la mitoyenneté se fera immédiatement ou dans un certain délai ; peu importe, les parties ont été libres de rédiger les clauses de la cession comme elles l'entendaient.

Ce qui nous intéresse et ce qui nous fait adopter cette théorie, c'est que soit au point de vue de la sécurité de la sanction, soit au point de vue de l'action à exercer, les deux situations sont très nettes et très simples.

1^{ère} période, voie de fait. — C'est celle que nous avons vue dans la première partie de notre étude sanctionnée uniquement par l'action en revendication.

2^e période. — Acquisition légale de la mitoyenneté après convention ou jugement.

Dès que la convention est signée ou dès que le jugement est rendu, nous sortons de la période précédente qui est la période d'occupation illicite pour entrer dans la période de possession légale à titre de copropriétaire.

Pour nous, c'est donc la convention constatant l'accord sur la chose, sur ses accessoires et sur le prix qui transmet la propriété du mur mitoyen ; ici comme partout ailleurs nous n'oublions pas le grand principe de notre droit qui a détruit le formalisme romain. Peu importe aujourd'hui qu'il y ait concomitance de la prise de possession et de la numération des deniers. « Inter partes » c'est le consentement qui transfère la propriété (art. 1583 du Code civil). Ceci au point de vue des *principes*. Et au point de vue des *textes* nous délimitons exactement leur sphère d'application, d'une part en laissant à l'art. 545 et à la loi du 3 mai 1841 les cas qu'ils ont prévus, c'est-à-dire l'expropriation publique, et dans lesquels nous aurons à payer une indemnité préalable ; d'autre part, en considérant que l'art. 661 édicte une expropriation d'une nature tout à fait particulière.

En l'absence de termes précis, il faut en effet

résoudre ce texte avec équité et bon sens. C'est pour-
quoi pour admettre la mitoyenneté, nous n'exigerions
le paiement préalable, que s'il n'y avait pas de contrat
ou pas de sentence judiciaire édictant le contraire.
Enfin au point de vue pratique, en subordonnant
l'acquisition de la mitoyenneté à la rédaction d'une
convention ou à l'obtention d'un jugement, nous évi-
tons les excès des deux autres théories.

1° Nous évitons une trop grande rigueur contre le
propriétaire, rigueur qui consiste à dire que la mitoyen-
neté peut être acquise par la simple prise de possession.

En effet si la mitoyenneté était ainsi acquise, elle
serait remplacée dans le patrimoine du voisin par
une simple créance. Or on peut supposer une absence
à la campagne ; les coups de pioche se donneront
sans que le voisin les entende ; on peut supposer
aussi que la construction de l'usurpateur ne dépasse
pas le mur déjà construit, l'adossement pourra subsis-
ter sans qu'on s'en aperçoive de longtemps. Malgré
tout la propriété pleine et absolue sera remplacée
par la copropriété et une simple créance, et ma situa-
tion à moi propriétaire dépossédé pourra être la sui-
vante : Aucune expertise n'a déterminé la valeur du mur
au moment de son acquisition ; quand je m'aperçois
de l'usurpation, je ne peux pas dire quand elle a eu lieu,
ni quelle était la valeur de mon mur à ce moment ;
je ne peux pas établir non plus que si le mur est
aujourd'hui dégradé, c'est par le fait du voisin.

Autrement dit des bases certaines me manquent pour fixer le montant de ma créance.

Ce n'est pas tout : En admettant même que le mur ait la même valeur quand je m'aperçois de ma dépossession, je n'en suis pas encore payé ; et depuis l'époque de cette dépossession mon voisin est peut-être devenu insolvable sans que j'aie pu y remédier ; ou bien il a fait des emprunts hypothécaires nombreux ; comment vais-je recouvrer ma créance, car même si je prends une inscription hypothécaire, elle sera tardive et sans effet utile. Il y a mieux encore : on peut concevoir des cas où depuis le jour de son usurpation le voisin a prescrit l'action en paiement de la mitoyenneté. Les moyens de recouvrer ma créance me manquent donc eux aussi. Nous évitons tous ces déboires et toutes ces conséquences injustes en exigeant un acte préalable qui prévienne le propriétaire du mur que son voisin entend user contre lui de l'article 661 du Code civil.

2° L'autre avantage de notre théorie, c'est qu'on se tient dans les mêmes principes d'équité, vis-à-vis de l'usurpateur, et qu'on évite la rigueur du 3° système, qui n'admet l'acquisition que moyennant paiement.

En effet pourquoi favoriser les voisins intransigeants qui pourraient exiger la démolition, mais qui se verraient contraints presque aussitôt, le lendemain même, de supporter les nouvelles constructions moyennant paiement préalable ? Ce serait bien peu conforme au vœu de la loi qui veut éviter les travaux

inutiles et coûteux. Pourquoi voudrait-on également empêcher le voisin de se servir immédiatement du mur dont il a grand besoin, et cela uniquement sous prétexte qu'il ne peut pas dès maintenant en payer totalement la valeur ?

Notre théorie est donc acceptable pour ces deux raisons ; d'une part elle ne porte atteinte aux droits de la propriété exclusive que dans la mesure la plus restreinte en avertissant le propriétaire du mur et en lui permettant d'imposer les conditions accessoires de la cession ; d'autre part elle tient compte des difficultés pratiques qui peuvent empêcher le voisin de se libérer de son acquisition en un jour et lui offre la ressource d'un paiement différé ou partiel sans pour cela enlever toutes garanties au vendeur.

Nous disons que notre système garantit suffisamment le propriétaire du mur. Nous devons nous expliquer sur ce point. Et d'abord cette garantie était indispensable. La cession de la mitoyenneté est obligatoire dès qu'elle est demandée ; il fallait dans le patrimoine du cédant racheter cette grave atteinte à la propriété par un élément sûr et qui ne soit pas susceptible de disparaître par le fait de l'acquéreur ou de ses ayants-cause. Cet élément nouveau, nous l'avons déjà dit, c'est une créance dans le patrimoine du cédant, mais 1° une créance bien déterminée soit par le consentement du voisin qui a reconnu l'exactitude et la suffisance de son montant, soit par une expertise ; 2° une créance qui pourra se recouvrer dans des

conditions particulièrement favorables; par une action réelle qui aura un rang de préférence, et voici comment : En vertu de cette convention qui a déterminé le prix de la cession, ou de ce rapport d'expert, nous pourrions prendre une inscription hypothécaire sur l'immeuble voisin, (peut-être même une inscription privilégiée, nous discuterons cette question plus loin).

Mais, pourrait-on dire, que va devenir cette garantie si l'immeuble du voisin est déjà grevé au-delà de sa valeur ? Forcément et sans remède la situation du cédant ne va-t-elle pas être bien précaire, car il ne peut se soustraire à la mitoyenneté ? La réponse à faire est simple : Dans l'esprit de la loi (titre des privilèges et hypothèques), celui qui a mis une valeur dans le patrimoine doit être préféré à tous autres créanciers sur cette valeur ; c'est la raison d'être du privilège de celui qui a fait des dépenses pour la conservation de la chose, pour les récoltes ou les ustensiles aratoires, et aussi celle du privilège accordé au vendeur de meubles. C'est encore la raison d'être du privilège des architectes et entrepreneurs sur la plus-value créée par leurs travaux, c'est enfin l'explication qui a été donnée de ces privilèges lors des travaux préparatoires. Or dans notre hypothèse et sans méconnaître que les privilèges sont de droit étroit, on peut soutenir que le fait d'avoir mis dans le patrimoine la copropriété du mur en bon état de construction et de réparation constitue la dépense de conservation dont parle la loi, et que par conséquent, lors de la vente de l'immeuble

voisin, dans l'ordre qui s'ouvrira entre les créanciers hypothécaires, je pourrai, cédant de la mitoyenneté, demander une ventilation du prix de vente et une collocation distincte sur la valeur représentative du mur. Je suis donc protégé, quelle que soit l'éventualité à venir, et pour bénéficier de ces garanties je n'ai que deux précautions à prendre : Me procurer sur tous les cas amiablement ou par justice un écrit constatant la cession du mur, aussitôt m'inscrire en hypothèque sur l'immeuble voisin et dans la suite avoir soin de renouveler cette hypothèque. Ces conditions sont simples à remplir et ne demandent qu'un peu de vigilance comme toutes les protections accordées par la loi.

C'est donc la convention ou le jugement qui en tient lieu, qui investissent le voisin de sa qualité de copropriétaire mitoyen ; et qui aux lieu et place de la propriété exclusive, font naître une créance en remboursement, dont les éléments nous seront fournis par le compte de mitoyenneté. Dans tous les autres cas, là où la convention ou le jugement sont absents, il n'y a aucune créance nouvellement née, aucune copropriété acquise ; rien de juridique, rien qu'une emprise de fait, entièrement illégale, qu'on fera cesser par la revendication.

Mais au moment où nous nous sommes efforcés de délimiter d'une façon bien nette les deux situations, ne pourrait-on pas nous dire qu'en réalité et au point de vue pratique des garanties, ces deux situa-

tions sont les mêmes ? que quel que soit le contact avec un mur, qu'il soit illicite et sanctionné par la revendication qui le fera cesser, ou qu'il soit strictement légal et sanctionné par une créance mise en valeur par une action réelle, dans tous les cas une sûreté réelle est accordée au propriétaire ? Ce serait prétendre que notre étude n'a été qu'une vaine discussion d'école, ce serait nier surtout l'utilité des principes juridiques, utilité qui consiste à éclaircir nettement les conséquences pratiques à tirer d'une situation déterminée. Sans préjuger ce que nous étudierons par ailleurs, à cette objection qui proviendrait d'une étude trop superficielle, nous répondrons deux choses : 1° Dans les cas où nous userons de la revendication, pour garder cette action qui est la plus solide des garanties, nous n'aurons aucune inscription ou transcription à faire, puisque nous n'avons rien cédé et par conséquent rien acquis à la place de la chose vendue. Nous avons vu qu'au contraire cette formalité est nécessaire si nous ne sommes plus qu'un simple créancier de mitoyenneté (1).

2° L'action en revendication est possible même contre les acquéreurs successifs de l'immeuble quand ils ont continué sciemment l'entreprise de leur auteur (2).

(1) Cour d'appel de Paris. Sirey, 1881, 2, 25. note de M. Labbé. — *Le droit*, 7 novembre 1887).

D., 90, 2, 75, avec note de l'arrétiste. — *Le Droit*, 21 février, 1894. — *L'architecture*, 1894, p. 147.

Le non usage ne dépouille pas le propriétaire de ses droits tant qu'une usucapion n'est pas commencée. Nous savons au contraire que si l'inscription hypothécaire n'est pas renouvelée, le créancier sera victime de sa négligence à l'égard d'acquéreurs postérieurs.

Il nous reste encore un point à examiner. L'état de mitoyenneté ne peut pas être confondu avec l'emprise de fait, c'est de toute évidence : cet état ne peut naître que d'une convention, c'est notre opinion et nous avons essayé de la justifier. Mais précisément à raison de ce principe, n'y a-t-il pas des cas où l'établissement de la mitoyenneté sera impossible contre le gré du voisin, ou en tous cas dans lesquels le compte en sera plus onéreux à cause des droits acquis ou des prétentions légitimes du propriétaire du mur ?

1° Cas où le voisin prétend que l'acquisition de la mitoyenneté n'est pas possible.

Premier cas. — Le voisin peut contester qu'il soit obligé de céder la mitoyenneté de son mur. — Il dit à celui qui la lui réclame : L'art. 661 ne s'applique pas dans mon espèce ; j'ai droit acquis à me soustraire à cette cession ; construisez un mur à côté du mien, car je refuse de vous céder le mien en copropriété. Ce cas nous intéresse, car si le voisin désireux

d'acquérir le mur déjà construit conteste la prétention du propriétaire, il y aura procès, le voisin récalcitrant sera peut-être débouté de ses prétentions, totalement ou en partie, auquel cas il y aura compte à établir contre son gré, ou bien au contraire il y aura transaction sur ce point et le compte présentera des particularités intéressantes.

Sur quoi se fonde généralement cette résistance du propriétaire ? Il invoque toujours l'une des trois raisons suivantes : ou bien il prétend qu'il y a *servitude* acquise à l'encontre du voisin, ou bien il produit en justice une *renonciation* provenant du voisin ou de ses auteurs dans laquelle ceux-ci s'engageaient à ne jamais demander la cession ; quelquefois encore il s'oppose à la mitoyenneté parce qu'il a laissé entre son mur et la limite de sa propriété une *bande de terrain* précisément pour se soustraire aux ennuis que pouvaient lui occasionner dans l'avenir un mur mitoyen. Voyons successivement la valeur de ces prétentions.

A) 1° *Fin de non-recevoir tirée de l'existence d'une servitude*

Cette servitude dont le propriétaire excipe pour se soustraire à la mitoyenneté, c'est surtout l'existence de jours (simples vues ou fenêtres) pratiqués dans son mur. Il déclare que cet état de choses existe depuis plus de 30 ans, qu'il a droit à son maintien par prescription, et que ce maintien comporte pour condition

essentielle qu'il resté propriétaire exclusif de son mur puisque la mitoyenneté amènerait la copropriété ; et que la copropriété exige égalité de droit de part et d'autre.

Sur ce point il faut noter un arrêt de Cassation (25 janvier 1869) qui déclare que, si ces jours sont des *fenêtres*, la mitoyenneté du mur est impossible (1), car, dit l'arrêt, les fenêtres sont des servitudes incompatibles avec la mitoyenneté qui invinciblement aurait pour effet immédiat et nécessaire de les anéantir (2).

Cette décision nous paraît critiquable et trop absolue, car je puis vouloir acquérir la mitoyenneté du mur, par exemple, parce que j'ai besoin d'un appui et d'une clôture à hauteur de premier étage, et si les fenêtres n'existent qu'au second, je recevrai satisfaction malgré la servitude de vue que m'oppose le propriétaire ; le mur pourra donc être mitoyen, bien qu'en principe la mitoyenneté suppose une copropriété avec des droits égaux et réciproques. La Cour de cassation, par sa décision, nous oblige à construire un deuxième mur ; elle va, ce nous semble, à l'encontre de la loi qui veut éviter les pertes de temps et les constructions inutiles ; elle ne tient pas assez compte des espèces pratiques qui peuvent se présenter. Il faudra voir, non pas si les servitudes acquises sont incompatibles avec la mitoyenneté, terme général qui ne veut rien dire, car cela ne

(1) Dalloz, 4870, 1, 72. Voir aussi 1873, 2, 165.

(2) Dans un cens plus restreint : Dalloz, 51, 2, 123.

précise rien ; mais si ces servitudes sont incompatibles avec l'usage qu'on désire faire du mur mitoyen, sauf bien entendu à estimer d'une façon toute spéciale dans le compte de mitoyenneté cette acquisition partielle qui ne confère que des droits restreints. C'est ainsi qu'en dehors des villes j'ai le droit d'incorporer dans mon mur des tuyaux de cheminée, et mon droit ne peut pas être amoindri par cette considération que mon voisin peut, un jour ou l'autre, me réclamer la mitoyenneté de mon mur. Ce jour-là, il se passera tout simplement ceci : si les tuyaux nuisent à la solidité ou à la sécurité du mur, sans avoir le droit de m'obliger à leur suppression, mon voisin n'acquerra la mitoyenneté du mur que déduction faite des moins-values de ce mur résultant des travaux que j'y ai faits.

Il faut donc de la part des tribunaux un examen attentif de l'espèce particulière qui leur est soumise, avant de décider quelles sont, dans ce cas, les servitudes qui font obstacle à l'application de l'art. 661. D'autres tribunaux ont d'ailleurs admis la mitoyenneté malgré l'existence des fenêtres, soit parce que le voisin voulait établir des espaliers ou un tir contre ce mur en respectant la servitude existante (1), soit parce qu'ils n'ont accordé la mitoyenneté que jusqu'à hauteur de ces vues (2).

Conformément aux mêmes principes, la mitoyen-

(1) Dalloz, 1876, 1, 88, et Cour de Bourges, 21 décembre 1831.

(2) Dalloz, 51, 2, 77; 76. 1, 88.

neté a été refusée à un voisin qui était grevé de la servitude de ne bâtir qu'à une certaine distance au delà des limites de sa propriété(1), et aussi à un voisin qui voulait acquérir la mitoyenneté pour surélever alors que depuis plus de trente ans le mur dont on voulait la mitoyenneté était garni de fenêtres à verre dormant sur toute la longueur (2).

Pour les jours de tolérance, la solution est simple. Ils ne peuvent jamais servir de fondement à une prescription. Ils ne peuvent donc pas être opposés comme un empêchement à l'acquisition de la mitoyenneté.

B) *Il y a eu RENONCIATION présumée ou effective à la mitoyenneté*

La solution ne fait aucun doute si le voisin prétend opposer une renonciation *présumée* à la mitoyenneté tirée de ce fait que depuis plus de 30 ans après la construction du mur, le sollicitant d'aujourd'hui n'a pas demandé à acquérir la mitoyenneté. Dans ce cas la prétention du propriétaire est inacceptable car les actes de pure faculté ne peuvent fonder ni possession acquisitive ni prescription (art. 2232 du Code civil).

Si le propriétaire oppose une *convention* de renonciation, la validité de ce contrat est contestée.

(1) Dalloz, 54, 1, 401.

(2) Dalloz, 50, 1, 264 ; D. Périodiq., 46, 2, 178.

A notre avis, et quelque rigoureuse que paraisse notre solution, cette convention n'est pas valable car si la loi admet que les conventions enchaînent les parties, c'est à condition qu'elles ne portent pas atteinte à *l'ordre public*, et dans l'espèce, l'article 661 doit prévaloir sur les arrangements entre particuliers (1).

Et nous donnerons la même solution si le propriétaire oppose que le demandeur avait autrefois renoncé à la mitoyenneté dans les termes de l'article 656 du Code civil. Ce n'est pas là une fin de non recevoir si nous voulons aujourd'hui réacquérir la mitoyenneté du mur.

C) *Pour se soustraire à la cession de la mitoyenneté le propriétaire excipe qu'il a construit le mur en RETRAIT des limites de sa propriété.*

Dans la solution de cette hypothèse il y a deux principes à concilier. On ne doit pas oublier que l'article 661 porte atteinte au droit de propriété absolue et exclusive, qu'il impose en réalité une véritable expropriation et que par conséquent comme toutes les dérogations au droit commun il doit être interprété d'une façon restrictive (2).

Or, la loi n'accorde la faculté de demander la mitoyenneté qu'à tout propriétaire joignant un mur.

(1) Par analogie LAURENT, *principe de droit civil*, dans le même sens. — Dalloz, 1860, 2, 204.

(2) En ce sens, Cassation, Dalloz, 62, 1, 175. — De même : Cour de Bourges, 9 décembre 1837, Dalloz, 1838, 2, 58. — 47, 2, 65.

Le joint-il ici ? évidemment non, et il semble qu'on doive lui refuser la faculté de cession. Mais d'autres auteurs plus rigoureux voient dans cette construction en retrait un moyen facile de *tourner la loi*, une fraude qui sera fréquente et qui va porter atteinte à un principe d'ordre public, à celui qui veut qu'on évite les constructions inutiles, et dans tous les cas ils obligent le propriétaire du mur à en céder la copropriété. Si on leur dit qu'ils vont imposer au sollicitant une acquisition supplémentaire de terrain, par conséquent une charge onéreuse, ils répondent que cette considération importe peu dans l'espèce, que le voisin l'a prévue et que s'il demande la mitoyenneté, c'est qu'il accepte cette dépense. Ce en quoi ils ont raison, il faut l'avouer, sauf à être moins absolus. Nous estimons nous aussi que dans l'espèce l'article 661 doit prévaloir contre la prétendue inviolabilité du droit de disposition qui n'est invoquée ici, que pour voiler l'esprit de malveillance ou le souci trop grand d'une parfaite tranquillité (1).

Une troisième doctrine paraît plus conciliante et plus éclectique. A notre avis c'est celle qui est dans le vrai. Il se peut fort bien qu'en laissant un intervalle entre son mur et les limites de son terrain le propriétaire n'ait pas songé à se soustraire à la loi, mais qu'il ait voulu simplement laisser un passage

(1) En ce sens Dalloz 1838, 2, 58. — 1860, 2, 204. — Pothier, société, n° 247. — Demolombe, servitudes, 2^e édition, t. I, n° 354. — Contra : D. Périodique, 45, 2, 152. — Duranton, t. V, n° 324. — Dalloz, 1847, 4, 446. — 1862, 1, 175.

pour que ses ouvriers puissent réparer son mur extérieurement, déposer des échafaudages de ce côté là sans avoir à se heurter au mauvais vouloir du voisin, ou bien faire déverser les eaux pluviales en dehors de sa propriété ou enfin adjoindre une marquise à son bâtiment. Et dans ce cas il serait inique de porter atteinte à son droit de propriété. Dans cette théorie, la cession de mitoyenneté ne pourrait donc être imposée que si l'espace laissé était tellement insignifiant qu'il ne pût servir à rien au propriétaire. Dans ce cas en droit presque rien n'est rien (Exemple art. 1770 du Code civil), la fraude commise pour éviter la loi est manifeste, et le propriétaire du mur sera contraint à s'exécuter sauf à réclamer, en plus de la valeur de la moitié du mur, la moitié de la valeur du terrain cédé (1).

D. — Dans les mêmes circonstances une autre espèce peut se présenter. Elle concerne aussi la question de savoir dans quels cas il peut y avoir mitoyenneté et compte. Cette espèce est la suivante : un propriétaire a bâti sur son sol et avec ses matériaux un mur de clôture. Ce mur une fois construit le propriétaire émet la prétention d'obliger son voisin à lui en payer la moitié. Ce cas se distingue du précédent en ceci : Dans le cas de l'article 661 *c'est le voisin qui demande à acquérir* la moitié du mur parce qu'il en a besoin ; ici c'est le propriétaire du mur qui

(1) Dalloz, 1838, 2, 58.

prétend en *céder la mitoyenneté* à son voisin, même si celui-ci n'en a pas besoin.

Il n'y a aucune difficulté à résoudre la question si nous sommes à la campagne. Mon voisin n'étant pas obligé de se clore je n'ai aucun droit de lui imposer la moitié de ma clôture.

Au contraire la question devient délicate si nous sommes dans les villes. L'article 663 dit que dans les villes chacun peut contraindre son voisin à contribuer à la construction d'une clôture. Dès lors, l'espèce que nous avons posée n'est plus invraisemblable. Supposons qu'un propriétaire après de nombreux pourparlers n'arrive pas à s'entendre avec le voisin pour construire le mur qui doit les séparer. Ignorant qu'il peut l'y contraindre ou tout simplement, voulant éviter un procès il construit le mur, sur son sol bien entendu, puisqu'il ne peut usurper sur la propriété voisine. Et ce n'est qu'après, mieux instruit de son droit ou espérant que la résistance du voisin n'existera plus, qu'il lui propose la cession de la moitié du mur une fois construit. Peut-il lui imposer cette cession ? Sans jouer avec les mots, sans dire que la loi dans l'art. 663 parle de clôture à établir et non d'acquisition de clôtures terminées, nous croyons qu'au point de vue du droit et de l'équité on peut raisonner ainsi : *Pas de doute si la mise en demeure* du voisin pour construire la clôture commune *est établie* et constatée par un acte extrajudiciaire. La façon de procéder du propriétaire constructeur n'a peut-être pas été

très régulière. Il aurait dû assigner son voisin, faire nommer un expert qui aurait été autorisé à faire construire le mur sur l'axe des deux propriétés. Mais à cela nous pouvons répondre : qui peut le plus peut le moins; d'autre part les dépenses du constructeur seront estimées par un expert pour déterminer le prix à payer par le voisin actionné et le réduire si les dépenses sont exagérées (1). Dans ce cas le constructeur a été en quelque sorte le negotiorum gestor du voisin qu'il pourrait contraindre à construire à frais communs. Il a droit à son remboursement en vertu de l'article 1375 du Code civil. La seule question qui pourrait nous arrêter, c'est que nous allons imposer au voisin un supplément de prix, celui qui concernera la moitié du terrain sur lequel est construit le mur. A cela cependant nous pouvons répondre que le mauvais vouloir du voisin est la seule cause de cette acquisition qu'on lui impose; il n'a qu'à s'en prendre à lui; nous sommes en droit de lui demander le règlement d'un compte de mitoyenneté. Et ici encore, s'il est reconnu que le constructeur a été un peu vif dans ses procédés et trop prompt à agir, les tribunaux pourront réduire le paiement qu'il réclame, voire même ne pas faire entrer en compte cette moitié du terrain.

On a opposé à cette solution l'article 661 du Code civil qui permet de n'acquérir que partiellement la

(1) En se sens : Demolombe et Frémy Ligneville (bâtiments et constructions).

mitoyenneté et l'on a dit : si l'acquisition totale du mur peut être imposée en mitoyenneté, que devient l'article 661 ? Mais il y a dans cette argumentation une confusion évidente. L'article 661 n'est évidemment applicable que quand on n'est pas dans les villes, ou quand l'acquisition de mitoyenneté s'applique à ce qui dépasse la hauteur de clôture. Or, ce n'est pas notre cas ici. Nous raisonnons dans l'hypothèse où le mur construit se trouve en ville et constitue un mur de clôture. L'objection qu'on nous fait ne porte donc pas. On a dit aussi que cette acquisition que nous prétendons vouloir imposer, est en contradiction avec la faculté d'abandon qui existe même dans les villes et les faubourgs et qui a pour but de se soustraire aux frais d'entretien à venir. Il y a encore dans cette réfutation une grave erreur, car l'abandon de la mitoyenneté suppose que la mitoyenneté existe déjà et que par conséquent celui qui veut se décharger des réparations par l'abandon a déjà rempli l'obligation de contribuer à l'établissement ou au paiement de la clôture commune conformément à l'article 663.

Donc ce n'est pas douteux dans l'espèce que nous avons posée, nous estimons en théorie que le constructeur du mur pourrait en imposer l'acquisition à son voisin et déjouer ainsi ses calculs frauduleux pour se soustraire aux frais de la clôture qu'impose l'article 663. Mais la question ne paraît pas encore s'être posée en jurisprudence, et il serait plus prudent

d'exiger du voisin la construction à frais communs, au besoin par les soins d'un expert désigné en référé s'il y a urgence à élever le mur.

Le doute est plus grand encore dans le cas où *sans aucune mise en demeure* légale le propriétaire a construit le mur de clôture. Peut-il imposer la moitié de ce mur à son voisin en invoquant l'art 663 ? Le voisin n'est-il pas en droit de dire : le mur de clôture, nous devons l'établir dans les termes de la loi, c'est-à-dire à frais commun, sur l'axe séparatif de nos deux terrains ; vous avez construit un mur sans mon concours. Le vœu de l'art. 663 est rempli suffisamment ; nous sommes clos tous les deux, uniquement par votre fait et à vos frais, c'est vrai, mais c'est à vous la faute. Nous croyons qu'on ne peut pas imposer la mitoyenneté dans ces conditions. Et l'intérêt pratique de la solution se révèle dans le cas suivant : si le voisin qui n'a pas participé à la construction du mur de clôture a besoin d'un mur solide pour y adosser des constructions, il pourra sur son propre terrain construire un autre mur sans être obligé d'acquérir la mitoyenneté du mur voisin. Et c'est heureux car à quoi lui servirait cette acquisition ? Dans l'espèce, en effet, si le mur voisin est un simple mur de clôture insuffisant pour y adosser des constructions. Il aurait donc fallu que le voisin en acquit d'abord la mitoyenneté ; qu'il démolisse ce mur et à ses frais puisque c'est pour ses besoins à lui, enfin qu'il le reconstruise plus solide, toujours à ses frais.

N'est-il pas plus profitable pour lui de construire directement un nouveau mur sur son propre terrain ? Le but de la loi en imposant la mitoyenneté est d'éviter des constructions inutiles, c'est vrai, mais ce n'est pas là son unique considération ; lorsqu'elle impose la copropriété des murs c'est aussi pour éviter des dépenses inutiles ; or ces dépenses inutiles, nous les évitons en ne faisant pas une acquisition et une démolition onéreuses ; enfin notre construction, n'est pas inutile puisque celle qui existe chez notre voisin est insuffisante pour l'usage que nous voudrions en faire. A notre avis il n'y a donc pas lieu ici à un compte de mitoyenneté. C'est un des cas très rares où l'on voit la juxtaposition légitime de deux murs (1).

Tels sont les cas où il peut y avoir de la part du propriétaire contestation légitime sur l'obligation de céder ou d'acquérir la mitoyenneté du mur et résistance pour l'établissement de la convention translatrice de la copropriété.

(1) Tribunal civil de la Seine (4 mai 1887). *Gaz. du Palais*, 1887, 1,735. Douai (13 janvier 1851) *Gaz. du Palais* 1853, 1, 686. Paris Sirey, 1864,2,221.

CHAPITRE III

Etablissement du compte de mitoyenneté.

Nous avons vu jusqu'à présent le cas où il était possible d'exiger du voisin, soit la construction d'un mur à frais communs, soit la cession de la mitoyenneté du mur déjà construit, autrement dit : les cas où il y a lieu d'établir un compte de mitoyenneté, *au vrai sens du mot*. Nous avons cherché aussi à quel moment ce compte doit être définitivement établi et nous avons dit qu'il doit précéder la prise de possession du mur.

Il nous faut examiner à présent comment cette construction ou cette cession vont se réaliser. Pour que la mitoyenneté soit acquise, il faut qu'il soit intervenu entre les deux voisins soit un accord déterminant les conditions de la cession et le prix à payer, soit un jugement condamnant la partie qui résistait à réaliser la cession que la loi impose.

Ce que nous avons à préciser, ce sont les éléments de ce compte dressé d'un commun accord ou en exécution du jugement rendu.

S'accorder à l'amiable pour l'établir, c'est évidem-

ment la meilleure solution. Non seulement les frais de procédure sont supprimés, mais des économies sont possibles dans le choix des matériaux, et dans le mode de construction, tout cela sans rien sacrifier de la solidité du mur. Et notons-le bien, ces économies ne sont plus réalisables quand les travaux sont ordonnés, exécutés ou surveillés par les experts qui sont les mandataires responsables des tribunaux et qui pour se couvrir exigeront toujours la perfection des travaux et sinon les matériaux les meilleurs, tout au moins ceux dont la bonne qualité n'est pas contestable. Cet accord amiable en vue de la mitoyenneté est meilleur encore, s'il intervient non pas quand le mur est déjà construit, mais au moment même où la construction en est projetée. Dans ce cas-là tout se simplifie. La convention intervenue entre les voisins ne sera signée par eux que lorsqu'ils se seront mis d'accord sur tous les points, sur les servitudes qui vont grever ce mur (jours ou vues), sur la forme du mur, sur sa nature, son usage et ses dimensions, voire même à raison de l'état des lieux ou de la volonté de l'un d'eux, sur les détails et les particularités les plus fantaisistes, de construction et la convention, ne sera que la consécration définitive de cet accord. Malheureusement cette convention précise et préalable à la construction n'est pas toujours possible. D'une part les terrains contigus qui font partie d'un lotissement ne se vendent pas toujours en même temps, d'autre part les acquéreurs ne sont pas tous en mesure

de construire immédiatement sur le terrain acquis par eux. Le plus souvent c'est donc une cession du mur déjà construit qui va s'opérer. C'est ce cas que nous allons prendre comme type de cession normale. Nous ne nous occuperons pas des autres conventions parce que les parties seront libres d'y faire figurer une foule d'éléments étrangers dont l'étude sortirait de notre sujet et aussi parce que dans toutes ces conventions la situation est fort simple. Les plans une fois dessinés, les devis établis et acceptés, les cahiers des charges et les marchés signés sans contestation, ce ne sera plus qu'une question de recouvrement quand les travaux seront finis, ou si les deux parties et l'entrepreneur veulent éviter des désagréments à venir, il y aura lieu dès maintenant à une consignation de la somme évaluée par les deux propriétaires, sauf à déterminer exactement et en proportion de leurs obligations, les réductions ou les augmentations lors du règlement des mémoires. Enfin nous n'étudierons qu'à titre de complément le cas où la cession s'opère à la suite d'un procès, et où de nouveaux chefs de créance viennent simplement s'ajouter au compte de mitoyenneté sans en modifier les éléments essentiels.

**Le voisin désire acquérir à l'amiable la
mitoyenneté du mur déjà construit.**

Dès que cette intention a été manifestée, c'est le plus souvent entre les architectes ayant pouvoir des deux voisins que les rapports vont s'établir. La première

précaution est de faire constater l'état du mur; et pour plus de précision on ajoute à ce constat contradictoire une figure du mur en plan et en coupe où sont relevés tous les détails caractéristiques concernant les lieux. L'adjonction d'un jurisconsulte peut être aussi très utile car à côté des points de fait, dont la solution est réservée aux architectes, les parties peuvent soulever des questions de droit. Enfin c'est une précaution appréciable qui permet au cas de difficultés d'établir un arbitrage amiable rendu rapidement et en connaissance de cause.

Examinons donc successivement chacun des articles du compte qui sont autant de détails que dans sa généralité et dans son indétermination la loi n'a pas réglés, qui peuvent être l'objet d'autant de discussions, et qui seront sûrement la cause d'autant de procès si on n'a pas la précaution de les bien déterminer au début.

COMPTE NORMAL

Art. 1^{er}. — Le procès-verbal qui constate que le mur appartient en toute propriété à un seul, et qui énonce la réquisition du voisin, détermine en même temps les mesures de la portion à céder (par exemple teinte jaune du plan), il indique aussi les matériaux dont le mur est formé et ce que le travail tel qu'il a été fait vaut actuellement par mètre cube.

Ici déjà nous avons deux questions à résoudre :

1) *Que faut-il décider si, ne voulant acquérir que la mitoyenneté d'un mur à hauteur de clôture, nous sommes en face d'un mur qui excède ces dimensions ?*

L'article 661 admet la mitoyenneté partielle mais cette acquisition partielle se conçoit de trois façons, en longueur, en épaisseur et en hauteur. En ce qui concerne la longueur, ce n'est pas douteux, nous pouvons restreindre notre acquisition à la portion du mur dont nous avons besoin pour y appuyer des constructions, des châssis ou des fils de fer de soutien. Pour la hauteur la question est discutable. Dès que je fais usage d'un mur, soit en y encastrant un corbeau, une poutre, soit quand j'en use comme appui, je dois payer non pas seulement la valeur de la portion avec laquelle je suis en contact, mais en outre toute la construction inférieure, qui soutient cette partie, qui en est le point d'appui, c'est évident ; mais suis-je obligé de payer en outre la valeur de la construction qui est au-dessus de mes poutres, au-dessus de mon toit s'il s'agit d'une construction ? Nous ne le croyons pas, car cette solution serait contraire à la fois à la raison et au texte de la loi. Pourquoi imposer au voisin une acquisition qui ne lui sera d'aucune utilité ? Sans doute l'article 661 manque de précision et n'envisage pas tous les cas mais, si l'interprétation que nous en donnons concorde avec l'équité, il y a une forte présomption qui nous permet de dire que le législateur, s'il n'a pas parlé explicitement du cas

qui nous occupe, y a du moins songé en rédigeant le texte qui vise l'acquisition partielle.

Notre solution est d'ailleurs acceptée par la majorité des auteurs.

Mais nous n'irons pas plus loin et nous ne dirons pas comme beaucoup d'autres que non seulement l'acquisition partielle est possible mais qu'en outre l'acquéreur a droit à une indemnité de surcharge pour le poids des constructions qui appuie sur la portion acquise.

La surcharge n'est due que si elle est pratiquée sur un mur déjà mitoyen, de telle façon qu'on ne l'ait pas prévue lors de la construction du mur, et qu'elle modifie la situation primitive (art. 658). En effet ce mur dont j'acquiers une portion en hauteur a été construit dès le début dans des conditions de résistance et d'épaisseur suffisantes pour supporter sans dégâts l'excédent qui existait dès le début et qui reste la propriété exclusive du voisin. Le poids total sur les assises est plus considérable, c'est évident, mais le mur est plus résistant.

Notons en passant que ce que nous avons décidé pour la hauteur du mur au-dessus du sol s'applique aussi aux fondations de ce mur.

Si le constructeur a descendu le mur très profondément pour se faire des caves luxueuses, il est bien évident que nous n'aurons à payer pour la mitoyenneté de clôture que les fondations normales et suffisantes pour cette catégorie de murs. C'était utile à préciser

car on aurait pu prétendre que nous avons à payer en mitoyenneté toutes les constructions souterraines qui soutiennent les parties acquises.

Enfin que décider pour l'épaisseur ? Le mur dont je voudrais acquérir la mitoyenneté est d'une épaisseur exceptionnelle. Suis-je obligé néanmoins d'en payer la moitié bien que je n'aie besoin que d'un mur de clôture ? Une seule solution nous paraît équitable ; c'est celle qui distingue deux cas :

1^{er} cas : on se trouve dans les termes de l'article 663 où la clôture est obligatoire entre voisins. Dans cette hypothèse pour se conformer à l'esprit de la loi qui impose une charge, il faut, croyons-nous, l'interpréter d'une façon restrictive. Le voisin sera donc en droit de ne payer que la moitié d'un mur de clôture (0,65 centim. au-dessus des fondations ; 0,50 dès le rez-de-chaussée).

2^e cas : les immeubles sont situés en dehors des villes et des faubourgs. Dans cette espèce il est bien difficile d'étendre la faculté qu'accorde l'article 661, qu'il s'agisse d'adosser des bâtiments contre le mur ou d'en faire un tout autre usage. En effet l'épaisseur nous paraît être de l'essence du mur et nécessiter son acquisition tel qu'il est. Le voisin, d'ailleurs, en sollicitant la cession, en connaissance de cause, et alors qu'il n'y est pas obligé, ne peut évidemment demander que la cession du mur tel qu'il se comporte. Enfin il trouve son intérêt à cette grande épaisseur grâce à laquelle les réparations à faire au

mur seront moins fréquentes. Une seule atténuation possible à notre théorie serait de rechercher en fait si le constructeur n'a pas donné une telle épaisseur à son mur en vue précisément de se soustraire à la mitoyenneté ; auquel cas les tribunaux seraient souverains pour déterminer les conditions de la cession. En calquant un adage bien connu : *fraus omnia corrumpit*, nous pourrions dire en notre langue : la fraude fait déroger aux principes.

2) *Que décider si le mur voisin est construit avec des matériaux de luxe ?*

Le cas est fréquent. C'est un mur construit en pierres de taille — alors qu'un mur en moellon me suffirait — ou bien en meulière poreuse et purgée au lieu de moellon dur ; ou bien encore les matériaux ont été hourdés en ciment de Portland au lieu de l'être en chaux hydraulique ; parfois enfin le chaperon du mur est formé de dalles en pierre au lieu d'être en plâtre avec lamiers, en briques ou en tuiles.

Dans tous ces cas, suis-je en droit de n'offrir au voisin que le coût d'un mur de clôture en moellons, tel que l'usage le prescrit ? Ici encore nous estimons qu'il faut faire la même distinction que pour l'épaisseur. Par conséquent si nous sommes à la campagne, par le fait même que nous demandons la mitoyenneté, c'est la mitoyenneté de ce mur tel qu'il est que nous sollicitons, sans modifications ni réserves. Du reste nous avons montré ailleurs que nous y trou-

vions l'avantage d'une conservation plus longue ; enfin sur ce point l'article 661 ne laisse aucun doute, nous devons payer la moitié de sa « valeur » sans distinguer suivant l'utilité que nous voulons en tirer, ou l'usage que nous voulons en faire (1).

Notons cependant que sur ce point la jurisprudence tend à varier. C'est ainsi qu'elle a décidé et d'une façon absolue, sans distinction d'espèces, que si le propriétaire a construit un mur avec des matériaux très chers, il ne pourra néanmoins réclamer au voisin que la moitié de la valeur d'une clôture ordinaire, c'est peut-être d'une équité plus immédiate et plus apparente, mais il est douteux que ce soit conforme à la loi.

En tenant compte des distinctions et des observations que nous venons de faire, l'article 1^{er} du compte s'établira de la façon suivante :

1. Évaluation des fouilles faites en déblai à l'emplacement du mur ; s'il y a lieu ; — 1 *bis*. Construction de puits et arceaux en maçonnerie pour aller chercher le bon sol, et cette condition est d'intérêt public ; — 2. Chargement de tombereaux et enlèvement aux décharges publiques pour x mètres cubes ; — 3. Évaluation du remblai pour la rigole de fondation (meulière et mortier en fondation) ; — 4. Valeur actuelle de la meulière et mortier (ou briques) en élévation ; — 5. Valeur actuelle du chaperon ; — 6. Valeur actuelle du sol sur lequel est assis le mur.

(1) En ce sens Sirey, 1867, 2, 264.

Et quand on aura totalisé tous ces chefs de créance, la moitié pourra en être réclamée à l'acquéreur de la mitoyenneté. (Notons en passant que le chaperon n'entrera dans le compte que s'il est à deux pentes. S'il est à une seule pente du côté du propriétaire, ce qui sera fréquent, l'acquéreur de la mitoyenneté ne sera tenu de payer que l'enduit au-dessus de la moitié du mur ou, s'il le préfère, il pourra exiger que le chaperon soit refait à deux pentes). Faut-il ajouter que le plus souvent ce n'est pas lui qui sollicitera cette réfection, car il n'a aucun intérêt à recevoir les eaux de pluie, toujours gênantes quand elles sont projetées d'un chaperon.

Mais l'acquéreur peut vouloir qu'on établisse dès maintenant l'indice apparent de la mitoyenneté ; et, de son côté, le propriétaire, en se basant sur la mitoyenneté qui est une copropriété avec des droits égaux, peut désirer s'affranchir pour partie de la servitude que constitue à sa charge le déversement des eaux pluviales. Dans ce cas, aux frais de qui va s'opérer l'enlèvement et la réfection du chaperon ? Le plus souvent et en pratique, cette matière ne soulèvera aucune difficulté, car la valeur du chaperon est minime comparée au mur lui-même ; mais le mur peut s'étendre sur une grande longueur, le cédant peut être intransigeant dans ses prétentions, et nous aurons alors à trancher la question en droit et en équité. Ne peut-on pas prétendre que la réfection doit incomber en totalité à l'acquéreur ? que la cession

de la mitoyenneté est une expropriation suffisamment onéreuse pour qu'on n'impose pas de nouveaux frais au constructeur primitif ? et aussi que les frais du nouveau chaperon doivent être à la charge du cessionnaire, par cette considération que c'est par son fait qu'une modification de l'état préexistant devient nécessaire ? Nous croyons que c'est la solution vraiment juridique dans cette espèce et c'est pourquoi nous repoussons la théorie qui voudrait imposer l'établissement du nouveau chaperon à frais communs.

Cette théorie paraît se baser sur ce que le constructeur, qui n'ignorait pas la loi (nul n'est censé ignorer la loi), aurait dû s'attendre à la réclamation du voisin pour la mitoyenneté, et que s'il a construit un chaperon, c'est à ses risques et périls, de même que c'est à ses risques qu'il incorpore des cheminées dans ses murs, sachant bien qu'il sera contraint à les supprimer en cas de mitoyenneté. Mais on oublie que la situation n'est pas la même dans les deux cas, et tout d'abord on oublie que la suppression des cheminées incorporées ne peut être exigée que dans les villes ; mais aussi et surtout on ne remarque pas que les cheminées nuisent à la solidité du mur et aussi à la sécurité du voisin, tandis que l'établissement d'un chaperon a pour objet la conservation des constructions et que ce serait méconnaître le droit de propriété absolue en interdisant aux constructeurs de conserver leur bien.

COMPTES PARTICULIERS

Art. 2. — Nous avons vu dans le compte de mitoyenneté les articles qui se rencontrent dans tous les cas. D'autres chefs de créance y figurent parfois. Ce sont les débours occasionnés par la situation des lieux ou par l'usage que veut faire du mur l'un des voisins. Voyons donc quelles sont les espèces où nous pouvons rencontrer des travaux supplémentaires et voyons aussi à la charge de qui en incombera le paiement.

1. Les deux terrains voisins sont de *hauteurs inégales* soit par leur disposition naturelle soit parce que l'un des voisins a remblayé le sol qui lui appartient.

Dans ce cas quelle devra être la hauteur du mur ? Autrement dit quel est celui des deux sols qui servira de point de départ à la hauteur de 3 m. 20 (ou 2 m. 60 suivant les villes) exigée pour les murs de clôture ? Ce ne sera pas le sol inférieur puisque s'il en était ainsi le terrain supérieur pourrait avoir au-dessus de la clôture une véritable servitude de vue. Par conséquent un point certain c'est que la hauteur du mur de clôture devra se mesurer sur le terrain supérieur. Mais à la charge de qui sera la construction du mur soutenant les terres surélevées, intermédiaire entre les fondations et la clôture ? Ce mur de soutènement est sûrement une dépendance du fonds supérieur. Sa

construction et son entretien incomberont donc à son propriétaire.

Mais le propriétaire n'aura-t-il pas droit pour cette partie de mur à une indemnité de surcharge en se basant sur ce que le mur de clôture appuie sur sa construction et ne pourra-t-il pas faire figurer cette indemnité au compte, soit qu'il la touché en nature, soit qu'il l'emploie à la charge du voisin inférieur en frais d'entretien le mur de soutènement ? Nous ne le croyons pas.

Cette construction d'un supplément de mur incombe au voisin supérieur à raison de la position de son terrain, situation à laquelle il ne peut se soustraire, qu'il a dû prendre en considération en acquérant l'immeuble, mais qui assurément ne peut changer en rien la situation juridique du propriétaire inférieur. D'ailleurs ce dernier satisfait aux lois du voisinage en subissant sans réclamation l'humidité occasionnée dans ses terres par les infiltrations des eaux pluviales, venues d'en haut et en n'exigeant pas le revêtement du mur de soutènement par un enduit de ciment.

Bien entendu si l'inégalité des terrains provient du fait du propriétaire dont le fonds est inférieur, ce que nous venons de décider s'appliquera exclusivement à lui; s'il a déblayé son terrain, par exemple pour se mettre au niveau de la route, c'est à sa charge que sera la construction du mur de soutènement. Notons en passant qu'un moyen souvent employé pour échapper aux discussions qu'entraîne la mitoyenneté con-

siste pour le propriétaire supérieur à creuser un fossé sur son terrain tel qu'il ait d'une part 2 mètres de largeur, dimension fixée par l'article 678 du Code civil pour les vues droites, et d'autre part une profondeur suffisante pour que de son fonds à la hauteur du mur il y ait les dimensions exigées par l'article 663 pour les clôtures.

2. La jouissance et les agissements du voisin sont susceptibles de *dégrader* le mur mitoyen. — La loi a prévu la majorité des cas où peut exister ce préjudice, et elle y obvie en imposant au voisin la construction d'un contre-mur. Pour les écuries ou étables, les trous à fumiers, les fosses d'aisance, égouts ou puits; pour les matières corrosives et les cheminées, des règlements établissent la distance à observer entre leur construction et les parois du mur mitoyen, ils déterminent aussi leur épaisseur. Il en est de même pour les fours, les chaudières et les poussées de voûte. Et ces contre-murs, à la charge exclusive du voisin qui les rend nécessaires par son fait, ne doivent pas être incorporés ni appuyés au mur mitoyen. Ils doivent le laisser intact, et doivent avoir leurs fondations indépendantes. Enfin la plupart de ces mesures imposées au voisin sont d'ordre public, par conséquent la prescription ou la destination du père de famille ne peuvent pas aller à l'encontre.

3. *Surcharge*. — Si en même temps qu'il demande la mitoyenneté le voisin déclare qu'il entend suré-

lever aussitôt le mur, il y a lieu dès maintenant dans un paragraphe additionnel du compte, d'estimer la surcharge à venir.

Adjonction ou compensation sera faite de la somme due à ce titre, mais bien entendu uniquement au cas où l'autre voisin n'entend pas se servir de la partie surélevée, et ne veut pas l'acquérir.

4. *Tour d'échelle.* — Le tour d'échelle est la servitude qui donne au propriétaire d'un bâtiment le droit de placer une échelle sur l'héritage voisin quand il veut réparer son mur. Une chose évidente, c'est que là où cette servitude est exercée, le mur n'est pas mitoyen, pour cette bonne raison que les copropriétaires se chargent chacun de leur côté de l'entretien du mur. En pratique, ce tour d'échelle au-delà des murs s'exerce sur des bandes de terrain d'environ un mètre de large. Que va-t-il se passer si le mur devient mitoyen ? A notre avis l'acquéreur sur lequel s'exerçait la servitude va l'éteindre par le fait même de sa demande, cette servitude n'aura plus d'objet, le propriétaire du mur ne pourra plus passer sur la propriété voisine, mais de ce chef il n'aura droit à aucune indemnité puisque parmi les obligations de la copropriété il va prendre à sa charge l'entretien du mur de son côté

Nous avons parlé de servitude. Mais il peut arriver que le tour d'échelle ne constitue pas simplement un droit de passage sur le terrain d'autrui ; ce peut être un véritable droit de propriété sur la bande

de terrain elle-même, qui avait été réservée lors de la construction du mur de façon à pourvoir aisément à son entretien à venir (1).

Dès lors si malgré ses titres de propriété et la construction en retrait le propriétaire du mur consent à nous en céder la mitoyenneté, nous aurons à payer en outre du compte normal la valeur du terrain réservé. La solution va de soi.

5. *Solin*. — C'est-à-dire un espace de 0 m. 16 de largeur que le voisin mitoyen doit acquérir en outre des parties occupées par son bâtiment sur tout leur contour. Cet espace est destiné à y encastrier les échelons de fer établis pour les cas d'incendie, ou sur le haut pour y joindre et retenir les premières tuiles.

Cet espace sert aussi pour les échelons destinés à l'entretien et au ramonage. Mais dans ce cas il entoure spécialement les cheminées, il est plus large et prend le nom de pied d'aile.

ARTICLE A EXCLURE DU COMPTE ORDINAIRE

Art. 3. — Nous abordons ici les points délicats du compte. Ce sont tous les déboursés au paiement desquels l'acquéreur est en droit de se refuser. Il s'agit de déterminer si cette résistance est bien fondée.

A propos des matériaux, nous avons déjà parlé des constructions de *luxe* et indiqué dans quelles conditions elles sont imposables à l'acquéreur. Nous

(1) Voir notamment une vente consentie par l'Etat : 11 janvier 1895.

y renvoyons. Que faut-il décider des constructions qui sont *superflues* pour l'usage que je veux faire du mur? L'hypothèse est de nature à se présenter souvent. Ce sont par exemple des jambes étrières dont je n'ai pas besoin, c'est-à-dire que n'ayant pas de poutres de façade à appuyer sur le mur, je n'aurai pas à faire usage des pierres de taille qui sont destinées à les recevoir, ou bien encore je ne peux pas me servir de la ligne des jambes étrières, des piles ou dosserets bordant la rue parce que je construis en retrait. Il est bien évident que dans ce cas je n'aurai pas à payer la moitié de leur valeur, à plus forte raison j'en serai dispensé même en joignant les jambes étrières si je n'ai besoin que d'un simple mur de clôture. Parfois aussi des corbeaux, des tuyaux de cheminées sont incorporées dans l'épaisseur du mur. Dans ces cas encore ils ne pourront figurer dans le compte que si l'acquéreur est dans la possibilité ou dans l'intention de faire usage de ceux qui lui ont été réservé.

Un autre chef de contestations plus délicat que les précédents concerne les *malfaçons et les moins-values* pour cause de vétusté. Ces contestations sont fréquentes.

Elles portent tantôt sur les ciments qui ont été faits en hiver, qui ont été gelés et feuilletés et qui exigent actuellement une réfection totale par le cédant.

Tantôt et notamment dans les villes l'acquéreur est en droit d'exiger dans le compte dont il est débiteur une déduction à titre d'indemnité parce qu'il a

été incorporé dans le mur des cheminées qui compromettent sa solidité, ou encore par ce qu'on y a adossé des installations dont les trépidations sont de nature à déprécier la valeur locative du futur immeuble mitoyen (1). Mais ayons soin d'observer que l'acquéreur mitoyen devra payer comme mur plein et comme mur en moellon, sans déduction aucune, le mur qui lui est cédé même s'il a été pratiqué dans sa demi-épaisseur des niches de salle à manger, des enfoncements de placard ou des tuyaux de cheminées, à la seule condition que ces travaux n'en compromettent pas la solidité et ne constituent pas pour lui un danger permanent. Nous verrons en effet que la mitoyenneté est une copropriété avec des droits égaux et que tous les travaux exécutés conformément à ce principe avant la cession, ainsi que toutes les modifications faites postérieurement avec l'assentiment du voisin sont licites et peuvent subsister tels qu'ils ont été faits. On discute souvent aussi sur la malfaçon provenant des jambes étrières de trop grandes dimensions qui détruisent la stabilité du mur, en la déversant, ou bien c'est l'inverse : les jambes étrières sont trop courtes et empêchent la liaison.

D'autres fois encore l'acquéreur consent à laisser dans le mur et à titre de tolérance des travaux qui excèdent les droits mitoyens, des cheminées par

(1) Cassation, 7 janvier 1845, Dalloz 1845, 1, 81. V. *Le Droit*, 30 juillet 1890. Pandectes françaises 1895, 2, 39.

exemple, mais bien entendu dans ce cas, même si les travaux ne nuisent pas à la solidité, le voisin consent forcément à une réduction de ses droits ; s'il s'agit d'une cheminée, il ne pourra pas enfoncer des poutres dans l'épaisseur du mur ; et nous le croyons en droit d'exiger dans le compte une indemnité pour diminution de jouissance.

Nous avons enfin à mentionner une déduction qu'il est équitable de faire et que la loi impose elle-même dans l'article 661. Si dans le compte on a estimé le coût du mur tel qu'il a été dressé lors de la construction, il faut en retrancher aujourd'hui *l'usure, le tassement*, en un mot la vétusté résultant de son usage. Ce rabais est ordinairement de 1 % par an depuis l'existence du mur, à condition naturellement que ce mur présente peu de défauts.

Honoraires des architectes. — Examinons à présent une question très controversée. C'est aussi un chef de créance qui occasionne de vives résistances quand on veut le faire figurer au compte de mitoyenneté, et les tribunaux ont eu maintes fois l'occasion de le résoudre. Il s'agit de savoir si le cédant est en droit de se faire rembourser par le cessionnaire la moitié des honoraires qu'il a payés à son architecte lors de la construction du mur. La Société des architectes décide l'affirmative, mais un jugement du tribunal civil de la Seine du 23 décembre 1873 déclare que ce remboursement n'est pas dû et la jurisprudence est dans ce sens. Sur quels arguments repose cette solution ? Elle s'appuie d'abord sur les

termes de la loi qui dans l'article 661 impose le paiement non pas de ce que la construction a coûté réellement c'est-à-dire de sa valeur vénale, mais le paiement de sa valeur propre et réelle au moment de la cession ; c'est donc un prix à déterminer par le mesurage et par l'estimation de ce qui subsiste (1).

Mais la jurisprudence se base aussi sur des arguments d'équité. Notons d'abord que bien des cédants qui n'ont pas employé d'architecte pour la construction de leur mur pourraient néanmoins en compter les honoraires. En supprimant au compte cet article-là, c'est éviter les fraudes de ce genre. Mais il y a plus. A quel résultat aboutirait-on si au moment de la cession l'acquéreur avait à payer les honoraires pour établissement des plans, avant les travaux, et aussi les honoraires pour vérification ?

En prenant la moitié, ce serait pour l'acquéreur 2 1/2 %, moitié de la vérification par l'architecte voisin, en outre des 5 % à payer à son propre architecte, c'est-à-dire une majoration de 7 1/2 pour cent sur le coût réel des travaux, quelquefois plus. N'était-il pas plus équitable, au lieu de grever sans raison le propriétaire originaire, de laisser à chacun des deux voisins le soin de payer son architecte, auxiliaire qui somme toute n'est pas indispensable ?

Une seule exception doit être admise à ces principes : c'est quand la vérification a été faite par un expert

(1) Dans le même sens : Cour de Paris : Dalloz, 1872, 2, 85.

sur le mandat du tribunal. Dans ce cas il est possible de faire partager les honoraires aux deux parties en cause. Dès lors chacune des deux parties aura à payer son architecte pour plans, relevés, vérification de mémoires, démarches, surveillances et responsabilités, soit 5 % et en outre la moitié des 5 % dus à l'expert pour la vérification nouvelle des travaux.

Mais ne l'oublions pas : Les règles que nous posons ne sont que les principes d'équité ou les prescriptions de la loi qui doivent être suivis au cas de doute ou de résistance dans l'établissement du compte. Sur tous ces points la convention des parties peut librement déroger à ce qui nous semble normal et juste ; notamment les deux voisins dans le but de conserver leurs bons rapports peuvent consentir à faire masse des honoraires dus à leurs architectes. Et dans ce cas deux questions se posent encore :

1° *A quelle époque devront être calculés les honoraires ?* Avant le rabais consenti sur les mémoires ou après ? Nous estimons que c'est avant car ce rabais est généralement obtenu grâce aux démarches et aux sollicitations de l'architecte ; d'autre part il faut se rendre compte aussi que plus le rabais est considérable, plus l'architecte a dû veiller de près à la bonne et solide exécution des travaux et vouloir réduire ses honoraires en proportion du règlement des mémoires, comme paraît le faire la jurisprudence, ce serait le payer moins quand il travaille beaucoup plus. — Enfin 2° *ces honoraires sont-ils calculés sur*

la valeur du mur lors de la construction ou bien sur sa valeur lors de la cession ? Le doute sur ce point naît de l'article 661 qui ne demande le paiement que de la valeur actuelle du mur. Il semble donc que ce soit cette valeur que nous devons prendre en considération ; ne doit-on pas en conséquence calculer les honoraires sur le coût des travaux, déduire la moins-value subie par le mur et faire une déduction proportionnelle sur le chiffre d'honoraires obtenu précédemment.

Expertises. — Nous aurions terminé l'examen du compte si les deux parties en cause : le cédant et l'acquéreur avaient été imbus d'une confiance réciproque l'un dans l'autre et aussi d'un esprit conciliant. Mais le cas est légendaire. Ce n'est pas en matière de mitoyenneté qu'il faut chercher l'accord.

Les deux architectes s'entendent rarement sur la moins-value actuelle de l'objet à acquérir sur les prétendus travaux supplémentaires indispensables pour la solidité du mur, par exemple des puits à creuser pour chercher le bon sol, travaux très coûteux si le sol est profond, et qui sont faits en régie c'est-à-dire en dehors du forfait et des prix en usage ; ou bien encore sur les imperfections que le confrère a pu commettre dans sa construction. Et puis il faut bien l'avouer, aux nombreux rendez-vous sur place chacun tire à soi le plus qu'il peut. La loi impose une servitude au cédant, il veut s'en tirer au meilleur compte possible. L'article 661 permet à l'acquéreur de réali-

ser l'économie d'un mur construit entièrement à ses frais, sa parcimonie lui conseille de faire cette économie aussi grande qu'il le pourra. Enfin il ne faut pas en vouloir aux justiciables de recourir aux tribunaux qui souvent leur apporteront non pas seulement une décision éclairée et souveraine mais une garantie de plus dans la personne d'un expert à la fois compétent par sa longue expérience et aussi absolument désintéressé dans le débat.

Comment peuvent naître les procès en notre matière ? On peut répondre à tout propos et dans toutes les situations successives que nous avons examinées précédemment. Nous avons vu que les voies de fait pouvaient être réprimées par les actions possessoires. Mais le propriétaire exclusif pourra aussi sauvegarder ses droits par une requête au président du tribunal où il exposera les excès de jouissance ou les usurpations du voisin. Il pourra stipuler avec autant d'efficacité l'enlèvement des travaux indus à peine d'une astreinte en argent par chaque jour de retard.

Si plus tard il y a acquisition régulière de la mitoyenneté il est bien évident que tous les frais dus au fait ou à la faute de l'un des voisins, ou occasionnés pour son utilité exclusive, resteront à sa charge. Il y aura aussi procès si après avoir légitimement acquis la mitoyenneté le voisin utilise le mur sans prendre les précautions nécessaires, et s'il occasionne des dégradations ou des bruits de nature à nuire au copropriétaire. Le constat d'huissier commencera la série des

hostilités, le référé ou la requête suivront et le plus souvent le tribunal ou le président ordonneront l'expertise. Cette expertise interviendra encore s'il y a non entente sur l'état de délabrement du mur, sur les moins-values, voire même sur la solidité suffisante du mur permettant de le conserver pour construire en s'y appuyant; et quand l'expert aura visité les lieux et apprécié les objets litigieux, quand il aura dressé le compte de mitoyenneté en tenant compte des particularités qui lui étaient signalées et qu'il a effectivement constatées; il restera à ajouter à ce compte un article additionnel réglant la question des frais de justice dans une proportion conforme au jugement ou conforme aux termes de la transaction. C'est sur cette question que nous avons encore quelques points à préciser soit au point de vue du droit, soit au point de vue de l'équité.

Si après l'expertise les parties sont encore en désaccord, si malgré les efforts de l'expert elles n'ont pas voulu arrêter le procès et signer une transaction, l'affaire suivra son cours, et sur le dépôt du rapport, interviendra un jugement qui statuera sur les dépens. Dans ce cas-là notre tâche est simplifiée, c'est le tribunal qui tranchera la difficulté. Mais la question reste pendante si l'expertise, ayant été ordonnée à l'audience des référés ou par jugement, l'affaire s'est terminée à l'amiable dans le cabinet de l'expert ou des experts.

Presque toujours un adage courant est mis en avant

par messieurs les experts et il consiste à dire : qu'une bonne transaction comporte le partage des frais par moitié. C'est une formule commode qui dispense de recourir à l'équité distributive, elle est d'une application juste dans bien des cas, mais les espèces varient à l'infini, les origines et les déviations du procès ont des causes multiples et c'est à l'avoué qui assiste la partie en cause de lutter contre cette application un peu aveugle d'un principe préjudiciable. Cette observation qui s'applique d'ailleurs à toutes les transactions, concerne particulièrement les arrangements amiables en matière de mitoyenneté. La matière donne lieu en effet non seulement à des expertises mais à des constats, à des procédures parfois coûteuses comme les offres réelles dans lesquelles il est bien difficile de ne pas énoncer leur cause, c'est-à-dire la mutation de propriété, et qui comporteront dès lors un droit d'enregistrement fort élevé; souvent aussi les dissensions au sujet de la cession ont occasionné des retards très préjudiciables aux constructions en cours ; ce sont autant de points pour lesquels il faut déterminer la part de responsabilité des deux voisins. Examinons sommairement ces éléments de discussion.

Frais d'expertises. — L'expertise intervient toujours quand le voisin estime l'objet à acquérir bien au-dessous de sa valeur. Supposons qu'après les constatations de fait, il résulte que notre estimation à nous, acquéreur, était insuffisante. Devrons-nous payer les

honoraires de l'expert ? On peut répondre que nous avons nécessité cette expertise par notre fait, que si nous avions offert davantage, le propriétaire aurait consenti la cession sans autre formalité, que nous sommes par conséquent responsables des frais supplémentaires de justice. Mais ne peut-on pas dire aussi avec une apparence de raison que nous étions en droit de contester les allégations du propriétaire, qu'on ne peut pas nous reprocher de les avoir combattues sur des bases scientifiques et sur des évaluations d'architecte, que dans l'espèce, *neminem lædit qui suo jure utitur* ; et surtout ne peut-on pas s'appuyer solidement sur cet argument que ce n'est pas nous qui avons demandé à la justice un supplément de garantie ; c'est le propriétaire voisin qui a voulu y recourir et dès lors puisque nous n'étions pas tenus envers lui d'une obligation quelconque, puisque notre résistance était licite, n'est-ce pas à lui que doivent incomber les frais d'une procédure dont il a usé seul et dans son intérêt exclusif ? C'est ainsi que les états de lieux, les constats, même quand ils sont dénoncés, sont à la charge exclusive de celui qui les fait faire, quand ils avaient uniquement pour objet de constater un état ou un fait quelconque dont il tirera avantage plus tard, et non pas un fait illicite de la part du voisin. Mais malgré ces arguments de principe nous estimons que la question doit être résolue en tenant compte des faits. Si de l'examen auquel a procédé l'expert il résulte qu'il existait entre les offres que

nous faisons et la somme qu'on nous réclamait une différence exorbitante, l'expertise s'imposait en quelque sorte par notre mauvaise foi et nous aurons à supporter notre part des frais, sinon la totalité. Si au contraire les prétentions du propriétaire étaient exagérées, s'il a mis dans ses réclamations un esprit de lucre coupable, les dépens qu'il a occasionnés resteront à sa charge et les mêmes règles devront s'appliquer aussi au cas où le tribunal a cru devoir adjoindre un troisième expert aux deux autres déjà nommés par les parties. Enfin si la bonne foi est manifeste de part et d'autre, nous appliquerons les principes que nous avons posés plus haut en laissant les frais au compte de celui qui avait intérêt à les faire, ou de celui qui les a occasionnés par son fait. C'est ainsi que les vacations dues à la force armée seront payées par le voisin qui s'est opposé indûment à l'entrée de l'expert dans sa propriété, qu'il devra payer aussi le coût des protestations faites par lui contre les actes de l'expert si ces protestations n'étaient pas fondées.

Notons en passant que dans les frais d'experts vont figurer les 5 % accordés à l'expert à titre d'honoraires, comme à tout architecte. Cette somme qui représente le mesurage du mur, la ventilation des dépenses, l'examen des servitudes s'il y en a le dressé des croquis s'il y a lieu d'en faire, comprend aussi, ce n'est pas douteux les vacations pour les rendez-vous sur place ou au cabinet de l'expert, pour la surveil-

lance des travaux qui ont pu être ordonnés, et pour l'examen des comptes? Mais comprend-elle en outre les vacations pour les démarches nécessitées par la procédure, les visites chez l'avoué et l'examen des dires. Nous l'estimons ainsi et à notre avis l'expert n'a droit à des honoraires supplémentaires que s'il dépose son rapport, car cette fonction sort complètement des attributions normales des architectes de droit commun.

Fautes et retards. — Ce sera encore un article à ajouter au compte si le procès qui se termine aujourd'hui à l'amiable a été intenté par le mauvais vouloir du voisin, si le référé ou l'instance devant le tribunal ont occasionné à l'une des parties en cause des retards dans ses constructions ou l'obligent aujourd'hui à subir la hausse des cours concernant les matériaux ou la paie des ouvriers; il y aura de ce chef une indemnité à payer pour le préjudice causé. — Mais par contre, nous pourrions exclure du compte tous les frais supplémentaires qui auraient pu être évités moyennant une gestion intelligente et éclairée.

Si quand il a fait construire son mur le voisin est tombé sur un entrepreneur insolvable ou si parce qu'il changeait d'architecte en cours d'exécution, il a dû résilier le marché primitif à grands frais, il n'est pas fondé aujourd'hui à nous faire contribuer à ces débours maladroits.

Frais d'offres. — C'est la dernière question à résoudre au cas de transaction. Si les offres sont

acceptés, elles sont naturellement à la charge du débiteur car, 1° elles font partie des frais de libération; 2° si nous en déduisons le coût de la somme offerte, le versement de notre dette ne serait pas intégral. Nous pourrions néanmoins agir ensuite contre le créancier de mauvaise volonté, s'il est démontré que c'est indûment et sans raison qu'il nous a forcés à employer un mode coûteux de libération.

Mais supposons que les offres aient été refusées et que l'expert estime d'une part que ces offres étaient insuffisantes, mais que d'autre part les réclamations du propriétaire étaient exagérées. Comment vont être supportés non seulement les frais d'offres mais tous les frais de l'instance qui a suivi ? L'adversaire veut tout au moins mettre à notre charge la moitié des frais puisqu'en réalité dans le procès pendant nous succombons tous les deux. Et dans ce cas encore l'expert à tendance à faire la transaction sur les bases proposées parce qu'elles lui semblent équitables ; mais comme nous le disions plus haut, la raison et la justice peuvent avoir à lutter contre cette idée.

Il y aura dans l'espèce actuelle comme dans la plupart des autres à rechercher en fait si celui qui a fait les offres ne les a pas faites en toute bonne foi, et notamment s'il n'était pas prêt à en discuter le montant sans vouloir entrer en procès, en un mot si ce n'est pas le créancier qui a pris une attitude processive et qui est entièrement responsable des dépens occasionnés par le litige.

Frais d'acquisition: — Ici comme partout ailleurs en matière de vente (article 1593 du Code civil) les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acquéreur. Il le fallait par a fortiori, puisque ici le propriétaire ne peut pas s'opposer à la cession (mais toujours sauf ce qui concerne les frais occasionnés par la faute ou par le fait du vendeur, notamment s'il a refusé les offres de paiement et que celles-ci aient été déclarées suffisantes après une expertise judiciaire (1)).

On discute quelquefois la question de savoir si le compte de mitoyenneté doit être fait en double.

La solution est simple. L'acquéreur a besoin d'un titre. Ce titre, c'est le compte acquitté par le voisin. Le cédant n'en a pas besoin, sauf une restriction importante : il est en droit d'exiger un exemplaire du compte avec mention que le prix n'a pas été payé, quand la cession n'a pas lieu contre le paiement immédiat, car dans ce cas lui aussi a besoin d'un titre pour inscrire et s'assurer des moyens de paiement. C'est ce que nous déterminons avec plus de précision dans le chapitre V. Il est naturel dans ce cas que les deux procès-verbaux soient à la charge de l'acquéreur puisque même celui qui est destiné au propriétaire lui est utile à lui-même pour obtenir du crédit.

(1) Dalloz, 1876, 2, 9. — Articles 130 et 525 Procédure civile et 1260-1716 du Code civil.

CHAPITRE IV

**Nature de la cession de mitoyenneté et par
voie de conséquence : nature de la créance née
du compte.**

En discutant chacun des articles du compte afin de déterminer les bases de la cession, le propriétaire a sauvegardé ses intérêts actuels et a tâché à ce que l'exercice de l'article 661 du Code civil lui soit le moins onéreux possible. Si le voisin paie comptant l'acquisition qu'il réalise, le règlement se fera d'une façon définitive par la remise du compte acquitté. On pourrait encore convenir, pour éviter toute difficulté à venir, que l'acquéreur consigne à l'avance la somme nécessaire pour régulariser la cession, sauf à parfaire le compte plus tard. Dans ces deux cas notre tâche est simplifiée. Mais cette hypothèse n'est pas la plus fréquente. Parfois le paiement sera renvoyé en totalité à une date ultérieure, ou bien il sera stipulé payable à plusieurs échéances, et dès lors le propriétaire cédant devra prendre non plus seulement des garanties pour l'établissement de sa créance

mais encore pour sa conservation et pour son recouvrement. Quelles sont ces précautions ? C'est la question que nous abordons et que nous ne pourrons utilement résoudre qu'après avoir déterminé le caractère juridique de l'obligation qu'impose l'article 661. La question est évidemment plus abstraite que les précédentes, mais elle est du plus grand intérêt par les conséquences pratiques qu'elle entraîne ; elle a soulevé de grosses discussions d'école, elle soulève encore de graves principes devant les tribunaux ; notre rôle est de nous orienter au milieu de ce qui a été dit sur ce point, de marquer du doigt les faiblesses d'argumentation qui ont pu se produire, pour aboutir à des vœux ou à des conseils aux plaideurs qui soient fermes et précis.

L'idée première qui vient à l'esprit en voyant ce qui se passe entre les deux propriétaires voisins, c'est que la cession opérée est une vente. Mais cette solution, qui a pour elle les apparences les plus favorables, est très discutée. Voyons les arguments qui existent en sa faveur et les conséquences qu'elle entraîne. Nous examinerons ensuite les reproches qui lui sont faits dans les théories opposées ; nous verrons s'ils sont exacts et quelle est, en présence des textes et des nécessités de la pratique, l'opinion la mieux fondée.

PREMIÈRE THÉORIE : VENTE

La cession de mitoyenneté, dit-on, *est une véritable vente.*

En effet, au point de vue des principes elle contient tous les éléments essentiels exigés par l'art. 1582 du Code civil : *Une chose* à céder : la copropriété du mur ; *un prix* déterminé dès maintenant ou dont le montant sera fixé par un tiers expert, comme l'art. 1592 en laisse la faculté, mais qui en tous cas sera fixé, comme dans toutes les ventes, d'après la valeur exacte de l'objet au moment de la cession (art. 661) ; enfin elle comporte le *consentement* indispensable à la formation de tout contrat. Beaucoup d'auteurs ont hésité à admettre l'existence du consentement en notre matière, mais leur résistance était bien peu fondée ; le propriétaire qui cède la mitoyenneté l'opère parce qu'il y est contraint par la loi, c'est vrai ; mais cette pression n'empêche pas qu'au moment où la cession s'opère, il consent à mettre en œuvre la servitude que l'art. 661 lui impose (servitude uniquement en ce sens qu'il est contraint de faire la cession, ainsi que nous l'avons déjà dit). Il y a donc consentement forcé, mais consentement quand même, effectif, provoqué ou suppléé, comme dans l'art. 1649, et qui laisse à l'opération son caractère de contrat de vente.

Voilà pour les principes sur lesquels s'appuie ce système. Quelles seront les conséquences de la situa-

tion ? Nous nous occupons naturellement du cas où le prix n'est pas payé comptant. Dès lors, puisque nous avons fait une vente, nous aurons droit à toutes les garanties accordées au vendeur : l'action en *résolution*, le droit de *réten-tion* et, en vertu de l'art. 2103 § 1 du Code civil, un *privi-lège* sur le prix au cas où l'immeuble cédé par nous serait vendu avant notre paiement, l'action en résolution de l'art. 1654 et le privilège de l'art. 2103 étant désormais solidarisés, conformément à la loi de 1855 pour l'inscription, et ce privilège primant, dès qu'il a été inscrit dans les quarante-cinq jours de la cession, toutes hypothèques conventionnelles inscrites sur l'immeuble à une date quelconque. De son côté, l'acquéreur pourra exiger de nous la *garantie des vices cachés* comme dans toute vente, garantie pour *vices du sol* (sauf par nous à agir en garantie contre l'architecte qui doit s'assurer de l'état des lieux, nous éclairer et nous conseiller de choisir un autre terrain) et aussi garantie pour vice des *matériaux fournis* dont le mauvais état compromet la solidité et la durée du mur. Cette garantie sera due en ce sens que si, malgré sa bonne apparence, on a dû démolir le mur presque aussitôt après la cession, c'est le cédant qui devra le rebâtir à ses frais. C'est de toute justice, puisqu'au cas contraire le vendeur ferait double bénéfice en demandant à l'acquéreur la reconstruction à frais communs. Et, notons-le, c'est ici quelque chose de plus que l'obligation écrite dans l'article 1382, parce

que non seulement il a pu ignorer ces vices au moment de la cession, mais qu'en outre il n'est pas l'auteur *matériel* de la construction.

Enfin, en supposant exacte la théorie qui admet que la cession de mitoyenneté est une vente, l'article 1649 du Code civil ne fait nullement obstacle, à notre avis, à la garantie des *vices cachés*, car cet article ne concerne que les ventes où le consentement du vendeur est suppléé par l'autorisation de la justice.

L'acquéreur pourra-t-il exiger la *garantie d'éviction* ? Si la cession de mitoyenneté est une vente, il semblerait qu'elle doive nécessairement entraîner cette conséquence. Mais malgré les dissensions qui existent sur ce point nous estimons que même si on admet l'idée de vente en notre matière, cette dernière garantie n'est pas due. Elle n'est pas due d'abord à celui qui possède le mur en totalité, et qui sera un jour ou l'autre obligé d'en céder la moitié, conformément à l'art. 661. C'est par exemple un copartageant qui veut, quelque jours après le partage, acquérir la mitoyenneté du mur tombé dans le lot de son cohéritier. Dans cette hypothèse le cohéritier n'a rien à prétendre à titre de recours contre ses copartageants. Ceci résulte d'une part de ce que nous avons dit précédemment, à savoir que dans la cession de l'art. 661, le consentement du propriétaire existe quoique un peu provoqué et forcé par la loi; or dès qu'il y a consentement on ne peut plus parler d'éviction. Le ven-

deur touchera un prix aux lieu et place de la portion d'immeuble dont il est dépossédé, et les choses s'arrêteront là. D'autre part en admettant même qu'il y ait éviction réelle, le recours en garantie, dit l'art. 1626 du Code civil, n'est possible que si les causes d'éviction prévues ou si les charges grevant l'objet vendu n'ont pas été déclarées lors de la vente. Il est bien évident que ces charges dont parle la loi, ce sont celles qui ont été créées par la convention ou par le fait des parties, et que celles qui constituent le droit commun, le régime légal de la propriété immobilière en France, n'avaient pas besoin d'être mentionnées dans l'acte de vente. Nul n'est censé ignorer la loi, et cette cession forcée à première réquisition du voisin a dû entrer en considération dans la fixation du prix de vente ou dans la formation des lots.

Enfin la garantie d'éviction n'est pas due non plus à l'acquéreur de la mitoyenneté pour cette raison bien simple que l'éviction ne se conçoit même pas et cela à raison de la situation des lieux. Le mur ne peut être utile qu'aux deux voisins immédiats, il n'y a donc pas à craindre de cession antérieure inconnue, ou une cession postérieure ; le seul danger pourrait venir des créanciers hypothécaires dont on a diminué partiellement le gage.

Mais nous verrons dans un chapitre spécial qu'ils savaient eux aussi que cette cession était possible un jour ou l'autre ; qu'ils ont dû ou qu'ils auraient dû en tenir compte dans l'appréciation de leur gage et qu'en

tout cas ils n'ont pas à se plaindre aujourd'hui d'un fait dont la loi les avait avertis (sauf à examiner plus tard la question de savoir s'ils ont droit au prix de la cession conformément au rang et au montant de leur créance).

Telles sont les bases sur lesquelles on peut appuyer la première théorie qui prétend que la cession de mitoyenneté est une véritable vente (1).

Mais nous l'avons fait pressentir, cette thèse rencontre des contradicteurs sérieux. On conteste tout d'abord qu'il y ait dans la cession de la mitoyenneté les éléments de la vente, on nie surtout l'existence du consentement (2). Nous avons répondu par avance à cette objection, aussi n'est-ce pas la plus gênante. Naturellement alors on supprime le droit de rétention qui résulte de l'article 1612 au titre de la vente et aussi des expressions de l'article 661 qui dit nettement qu'on ne peut acquérir la mitoyenneté qu'en remboursant la moitié de sa valeur. Enfin dans la théorie de nos adversaires le privilège du vendeur disparaît aussi (3). C'est le point le plus grave qui nécessite un examen sérieux.

(1) En ce sens : Laurent, édition 1872, t. VII, n° 604. — Aubry et Rau, t. II, n° 222, 4^e édit. — Sirey, 1886, 2, 25 ; 1889, 1, 401. — *La Loi*, 2 sept. 1886 ; 11 déc. 1886. — *Le Droit*, 3 avril 1887 ; 17 mai 1890 ; 14 juin 1892. — *L'Architecture*, 1893, p. 478. — Dalloz, 1889, 1. 325 ; 1891, 2, 95 ; 1892. 2. 432. — *Gazette du Palais*, 30 nov. et 1^{er} déc. 1888. — Le Courtois, *France Judiciaire*, 1889, 1. 197 ; 1885-86, 1, 285.

(2) Cassation. Dalloz, 1864, 1 87.

(3) *Le Droit*, 14 mars 1889.

2^e THÉORIE : SERVITUDE

Chez les uns la raison de ces suppressions est d'abord toute théorique : ce n'est pas une vente, dit-on ; on n'a donc pas droit de se servir de ses rouages. Mais ils ajoutent surtout à cet argument de principe l'assertion suivante : le cédant de la mitoyenneté serait d'ailleurs dans l'impossibilité pratique de conserver son privilège et d'en user ; c'est donc que la loi n'a pas voulu le lui accorder. En effet, dit-on, la copropriété mitoyenne prise en elle-même et isolément, séparée de l'immeuble où elle a été incorporée — n'est pas susceptible d'affectation privilégiée ou même simplement hypothécaire, car le droit de suite implique la possibilité de provoquer l'expropriation de la chose affectée pour exercer le droit de préférence sur le prix obtenu (1).

Cette argumentation pratique est réellement enfantine. Sans doute le droit commun des hypothèques, c'est qu'elles comportent l'initiative du droit de suite, mais si à raison des circonstances de fait, et si notamment à raison de ce qu'il est impossible de trouver un acquéreur distinct de la mitoyenneté ; ce droit de suivre l'immeuble pour le remettre en vente est paralysé, il ne s'ensuit pas que les avantages de l'hypothèque disparaissent totalement. Le droit de suite nous appartiendra en ce sens que nous pourrons in-

(1) En ce sens : Dalloz, 89, 2, 245 ; 89, 1, 327.

tervenir dans l'ordre ouvert sur l'immeuble mis en vente par le propriétaire lui-même ou par ses créanciers qui avaient hypothèque sur l'immeuble entier, peu importe, ou bien encore nous pourrions menacer le tiers détenteur de l'article 1654, ce qui nous permettra d'exercer notre droit de préférence lors de la purge consécutive. Et nous serons colloqués par une ventilation qui déterminera parmi tous les biens du voisin ceux sur lesquels nous avons droit de produire ou en tout cas la portion du prix total sur laquelle nous serons colloqués. Si cette ventilation amiable ne nous satisfait pas, la somme à offrir pourra être fixée par expertise et l'on suppléera ainsi à l'impossibilité d'une réquisition de surenchère. Ce n'est donc qu'une question de temps ; nous ne pourrions pas, étant donnée l'hypothèse, provoquer nous-même la réalisation du gage, mais quand par voie d'accessoire cette réalisation se sera effectuée, nous aurons le droit d'intervenir et d'exiger notre remboursement par priorité.

Autrement dit le droit de suite envisagé dans son but final est le paiement, ce n'est pas le pouvoir d'exproprier qui n'est qu'un moyen ; c'est l'exercice du droit de préférence sur un prix réalisé par ou contre le débiteur. Il est donc indifférent que cette réalisation ait lieu par nous-mêmes ou par un autre (1).

(1) En ce sens : Dalloz, *Jurisprudence générale*, Privilèges,

Dès lors que reste-t-il comme arme à cette première théorie qui nie que la cession soit une vente ? Elle use de son gros argument *théorique*. « La cession obligatoire de la mitoyenneté, dit-elle, n'est que la mise en œuvre d'une charge réelle, d'une *servitude* imposée par la loi et qui consiste en une expropriation partielle des droits de propriété. Une seule particularité est à mentionner dans cette servitude, c'est qu'elle entraîne des obligations réciproques des deux voisins l'un envers l'autre de telle sorte que chacun des fonds est à la fois servant et dominant. Ceci se rencontre d'ailleurs dans la servitude des plantations (1). » Sur ce point encore il est douteux que la théorie soit exacte. Où voit-on réellement une servitude en lisant l'article 661 ? Cette servitude existe à notre avis dans la menace permanente d'expropriation partielle ; elle est à la charge du constructeur du mur qui à un moment quelconque peut se trouver dans l'obligation d'en céder la mitoyenneté. Mais cette servitude disparaît dès que le voisin réclame la cession ; et par cela même elle se transforme pour prendre un caractère juridique tout différent (2) ; c'est désormais entre les deux voisins un

n^{os} 775. — Dalloz, 89, 1, 329. — *Contra* : *Le Droit*, 19 mars 1892. — *Gaz. du Palais*, 18 mars 1896.

(1) En ce sens : Sirey. 1886, 2, 25. — Dalloz, 1864, 1, 87, où il est dit que la cession n'ayant pas les caractères d'une vente, le cédant ne doit pas la garantie des vices cachés et peut exiger la reconstruction à frais communs.

(2) *Le Droit*, 5 novembre 1887.

état de copropriété avec indivision forcée, avec égalité d'obligations et de droits, avec en outre pour l'acquéreur, l'obligation de payer le prix, mais en tout cas une situation où il n'y a ni fonds dominant ni fonds servant (1).

Ainsi donc, il est vrai qu'avant la cession il y avait une servitude existant à la charge du cédant, mais cette servitude disparaissant dès que les parties sont d'accord pour établir entre elles la mitoyenneté, autrement dit la cession étant non pas l'acte constitutif mais l'acte extinctif de la servitude, la question reste entière sur le point de savoir quelle est l'opération intervenue entre les deux voisins, et quelles en sont les sanctions.

Les autres théories vont-elles nous fournir une solution sur ce point ? Il nous faut y renoncer. Elles sont toutes de même valeur, très faibles au point de vue juridique et mauvaises quant aux conséquences pratiques à en tirer.

3^e THÉORIE : ARTICLE 1184

Elle consiste à dire que la cession faite en conformité de l'article 661 est l'échange de deux obligations synallagmatiques, l'une qui consiste à laisser

(1) Voir sur ce point ; *France Judiciaire*, Le Courtois, t. x, p. 268 ; t. xiii, p. 197. — *Pandectes françaises*, 1889, 1, 396. — Aubry et Rau, 2, § 222. 4^e édition. — Laurent, *Droit civil*, t. vii, n^{os} 494 et 509. — Delvincourt, *Droit français*, 1, 355.

créer l'état de mitoyenneté, l'autre à payer une indemnité en argent. L'action née de ce contrat « sui generis » serait une créance chirographaire dont la seule sanction véritablement sérieuse serait l'article 1184 du Code civil, donnée conformément aux principes généraux dans tous les contrats nommés et innommés. Et fiers de leur construction imaginaire, ces auteurs nous font remarquer que cette action a les mêmes avantages qu'une action réelle puisqu'elle atteint les tiers acquéreurs en vertu du principe : *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, qu'elle aura en outre un avantage énorme sur l'action résolutoire née de l'art. 1654 en matière de vente, car elle n'est pas soumise à des formalités de conservation dont l'absence entraînerait une déchéance. C'est fort bien comme conception, mais si nous disons que ceux qui raisonnent ainsi sont les adversaires de la théorie qui voit une vente dans la cession de mitoyenneté, on pourra leur demander comment ils peuvent se contredire au point de nier dans l'opération qui s'effectue tout élément de consentement et malgré tout de sanctionner cette opération au moyen d'une action née d'un contrat ? Ils seront fort embarrassés pour nous répondre.

4^e THÉORIE : DROIT SPÉCIAL

Le quatrième système prétend que les droits nés de la cession de la mitoyenneté sont des *droits réels*

sui generis et innommés. C'est un terme commode quand on est embarrassé pour faire rentrer une opération dans une classification juridique bien déterminée (1).

Cette 4^e catégorie d'auteurs a généralement des affiliations avec la théorie qui préconise la servitude, ce qui fait qu'en s'appuyant sur cette base ils arrivent à des résultats fantastiques : ils disent notamment qu'il n'est pas nécessaire à l'acquéreur de transcrire ou d'inscrire les droits résultant de la mitoyenneté parce qu'ils ne figurent pas dans les droits dont la transcription est obligatoire aux termes de la loi de 1855, que par conséquent l'acquisition est opposable de plein droit aux créanciers du vendeur, ou encore que cette cession leur est opposable uniquement parce que la servitude est inscrite dans la loi, qu'elle n'est pas conventionnelle et que le caractère de mitoyenneté est visible en fait ! Nous verrons ailleurs qu'il est contraire à l'esprit de la loi de 1855 de poser un tel principe, qu'il est faux également de dire que les créanciers devaient connaître par avance les effets de la cession puisque les jurisconsultes eux-mêmes discutent sur ces effets, qu'enfin si les tiers savent qu'une servitude latente existe sur tous les fonds, concer-

(1) En ce sens : Dalloz. 85, 3, 54, et même année, 1, 155, note, où il est dit que la mitoyenneté est une servitude légale existant indépendamment de toute convention, censée connue de tous, la formalité de l'écriture n'étant même pas nécessaire pour la constater. — 86, 2, 189. — 89, 1, 321 et 324, note. — En sens contraire : Demolombe, distinction des biens, 2, 513. — Aubry et Rau, cours, 2, 172.

nant la mitoyenneté, ils ne savent pas quand la mise en œuvre de cette servitude est demandée et ignorent ses conditions de règlement. Le seul point que nous avons à noter en ce moment, c'est que toutes les théories émises sur la nature de la cession, sont erronées ou bien ne reposent sur aucun principe juridique déterminé.

Une seule opinion paraît rationnelle, c'est celle qui range la cession de la mitoyenneté parmi les *ventes*. Nous estimons définitivement qu'elle contient la vérité juridique, malgré l'état contradictoire de la jurisprudence et les erreurs ou en tous cas les défauts de mise au point qui ont empêché de trouver et d'appliquer les véritables principes. Et cette solution est conforme non seulement aux principes généraux, à l'équité et aux nécessités de la pratique, mais encore aux textes eux-mêmes. Que dit en effet l'article 660 du Code civil ? « Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut en acquérir la mitoyenneté »... Cette expression veut bien dire acheter au moyen d'une vente ; dira-t-on que cet article ne concerne que l'exhaussement et non l'acquisition originelle d'une mitoyenneté ordinaire ? Ce serait évidemment torturer la loi et lui faire dire des choses auxquelles elle n'a jamais songé. D'ailleurs dans l'article 661, « rendre mitoyen » veut bien dire aussi acquérir la mitoyenneté, et le texte continue : « en remboursant... » C'est donc bien moyennant un prix ; si ce n'est pas là une vente, quelle est donc l'opération accomplie ? La Cour de cassation dans son arrêt de

1864 (1), pour démontrer que le prix de la mitoyenneté ou des indemnités de surcharge est dû par le détenteur actuel, et qu'il ne peut se soustraire à l'action réelle, sauf recours contre son vendeur, tire argument de cette particularité que l'acquisition de la mitoyenneté est réglée au titre des servitudes ; mais il faut avoir bien soin de ne pas commettre une confusion, confusion contre laquelle nous avons déjà eu l'occasion de mettre en garde et que commet notamment un arrêt de la Cour de Paris (2). Dans la matière il faut distinguer deux choses : la servitude elle-même, son principe, et sa mise en œuvre ou son exercice. La servitude est inscrite dans la loi, c'est la menace dont tout propriétaire est l'objet en ce qui concerne ses murs, la possibilité qu'un jour il soit obligé d'en céder la mitoyenneté ; la loi pose l'existence de cette servitude dans les articles 661 : « tout propriétaire peut rendre mitoyen », 663 « chacun peut contraindre son voisin ». Quant à la question de savoir comment cette servitude sera mise en exercice, de quelle façon le voisin en réclamera le bénéfice à son profit, à quelles conditions cette demande pourra être faite, à quelle époque le voisin rendra le mur mitoyen, la loi ne s'en occupe pas dans les détails, précisément parce qu'au titre des servitudes elle n'a pas à le préciser, mais elle détermine tout au moins l'élément essentiel de la mise en œuvre de cette servitude,

(1) 1, 117, Sirey.

(2) *Le droit*, 14 mars 1889.

l'élément qui à moins de conventions contraires, devra figurer dans l'acte qui va constater l'exercice de la servitude : car ne pouvant s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, le voisin n'aura droit d'user de la servitude que moyennant une compensation : un prix à payer.

C'est cette convention qui, en l'absence de toute autre clause, nous apparaît comme une véritable vente.

Il ne faut pas non plus tirer argument de ce que nulle part dans la loi, on ne trouve aucun privilège accordé au cédant de la mitoyenneté.

Ce privilège résulte suffisamment des principes généraux ; pour nous, qui estimons qu'il y a vente, il résulte de l'article 2103 du Code civil ; il n'était pas nécessaire de le dire dans l'article 661. En effet, et cette considération vient à l'appui de notre théorie pour la justifier ; il serait bien invraisemblable que la loi ait imposé aux propriétaires l'obligation de céder la copropriété de leur mur sans leur garantir l'exécution de la contreprestation à fournir par le voisin. Or, dans les autres systèmes, on n'accorde cette garantie au cédant qu'en donnant des entorses aux principes juridiques normaux, tandis que nous la faisons résulter sans effort du système général de la loi sur les privilèges.

Et la discussion ne peut même pas porter sur la question de savoir si la garantie des vices cachés est due en notre matière. Le contrat étant à titre oné-

reux et constituant une vente, cette garantie ressort de l'article 1643.

Donc, la cession de la mitoyenneté est une vente (1).

Les conséquences de ce principe vont découler d'elles-mêmes.

C'est une vente moyennant un prix en argent.

Jusqu'au paiement effectif le cédant aura donc contre l'acquéreur une créance à recouvrer. Précisons bien ce point, c'est essentiel pour ne pas commettre d'erreur et se diriger à faux dans les principes ; nous disons une créance ; une créance personnelle. Beaucoup d'auteurs ont dit que le cédant avait contre le voisin une *créance réelle*. C'est une contradiction dans les termes et une inexactitude dans la réalité.

Nous disons que c'est une créance, exclusivement, car l'action personnelle qui la sanctionne ne pourra aboutir qu'au paiement d'une somme en argent ; son objet n'est donc pas réel c'est-à-dire immobilier ; c'est encore une créance personnelle, car elle n'est pas attachée activement à l'héritage ; quand le cédant vend sa propriété, il ne consent aucune cession tacite de sa créance, comme accessoire de l'immeuble ; on l'a dit, mais c'est une affirmation faite sans preuves. De même encore quand on prétend que la dette est passivement attachée à l'immeuble voisin (2).

(1) En ce sens, voir *Laurent*, édit. 1872, t. VII, p. 692, *droits de l'acquéreur*, d° p. 604 et 624. *Contra* : *Cassation déjà citée*. *Sirey*, 1864, 1, 117.

(2) En ce sens : *Gaz. Palais*. 1886, 1, 6 ; 1889, 1, suppl. 81 ; 1890,

On cite un édit de 1607 qui en matière de viabilité permettait pour le recouvrement de la taxe le recours du prévôt contre le propriétaire originaire ou contre les détenteurs ; mais ce texte est spécial à la matière, cette dérogation prouve précisément, qu'en droit commun les principes ne sont pas les mêmes. Dirait-on que l'article 661 permet de recouvrer la propriété du mur parce qu'il n'a autorisé sa transmission que sous la condition suspensive du paiement et que, par conséquent, tant que le prix n'est pas payé, c'est une action réelle qui appartient au cédant ? Nous avons répondu ailleurs à cette objection : la vente dans notre droit est parfaite par le simple consentement des parties ; ce qui est nécessaire comme élément de la vente, c'est la détermination d'un prix ou des éléments suffisants pour y parvenir. Ces éléments sont réalisés dans notre cas. D'ailleurs, nous l'avons vu même en admettant que la cession soit faite sous cette condition, ce n'est pas une action personnelle qui serait accordée en cas de non paiement, c'est la revendication. De même que c'est par la réintégration qu'agira le propriétaire au cas où le voisin s'empare de son mur sans son consentement (1).

Et pour achever de démontrer que c'est par une dette affectant l'immeuble lui-même ou inversement

1, 679. — Sirey, 1834, 2, 94 et 95. — Laurent, t. VIII, n° 523. — Voir Le Courtois, 1886, 1, 293.

(1) *Le droit*, 2 février 1895. — *Le droit*, 21 février 1894. M. Planiol, Examen doctrinal (*Revue critique*, 1890, p. 335).

une créance attachée à l'héritage voisin, ne peut-on invoquer encore l'art. 661 : Tout propriétaire peut, dit-il... en remboursant.... au maître du mur.

Il était si simple d'ajouter : Tout tiers détenteur. On ne l'a pas fait. C'est donc que ce n'est pas une obligation réelle affectant la chose comme droit ou comme charge ; donc, elle aussi, l'*action* qui sanctionne la créance n'est *pas plus réelle que le droit* qu'elle doit protéger.

Quoiqu'on l'ait soutenue (1), quoiqu'en pratique on ait fait remarquer que ce devait être là une excellente mesure, parce que la cession forcée de la mitoyenneté est une grosse atteinte à la propriété absolue et qu'il faut au moins la compenser, en garantissant fortement le droit mis à sa place, tout cela n'est pas juridique et sort du système de la loi. Nous verrons qu'il sera possible d'arriver aux mêmes résultats mais par un autre procédé. La vente comporte une action résolutoire (1654) moins favorisée que celle de l'art. 1184, car elle nécessite des mesures préalables (une inscription ou une notification au greffe suivant la nature des transmissions) ; elle comporte aussi un privilège plus difficile à conserver que l'action en revendication, mais qui néanmoins protégera suffisamment le vendeur diligent ; or la loi ne protège que les contractants diligents, nous l'avons déjà dit ; nous le répétons encore et nous verrons qu'il y a lieu d'appliquer ce

(1) *Recueil* de Bordeaux, 1890, 21 avril, 1, 363.

principe à notre matière. En substance notre *thèse* est donc la suivante : Le droit qui ressort de la cession de la mitoyenneté est une créance personnelle sanctionnée uniquement par une action personnelle, mais qui peut, grâce à des diligences faciles à observer, c'est-à-dire grâce à une inscription dans les délais imposés par la loi, être garantie par une sûreté réelle : le privilège de l'article 2103 ; c'est une garantie réelle qui peut être invoquée grâce à des formalités distinctes mais qui ne change pas la nature personnelle du droit originaire (1).

Si le compte de mitoyenneté est arrêté, cet arrêté de compte a pour conséquence de transformer le droit du propriétaire du mur en un droit personnel ; il n'a pas d'action contre l'acquéreur de l'immeuble voisin pour le paiement de ce compte (2).

Le Tribunal civil de la Seine commet donc une erreur profonde (3), quand il déclare que le cédant n'a d'action en paiement de la mitoyenneté que contre le tiers détenteur actuel, et surtout lorsqu'il dit en substance que l'action en paiement de la mitoyenneté

(1) Cassation, 13-14 juin 1892, où il est dit que la cession de mitoyenneté constitue une véritable vente d'une propriété immobilière. *Gaz. du Palais*, 1888, 2, 150. — 1888, 2, 118. — Traité des privilèges et hypothèques, Guillouard, 1898. — Le Courtois, *France judiciaire*, 1885-1886, t. 1, p. 285. — 1889, 1, 197, 401, note de M. Labbé. — Pinvert, *Gaz. du Palais*, 30 nov., 1^{re} déc. 1888. — Demolombe, *cours de Code civil*, xi, n° 367. — Laurent, t. vii, n° 251. — Frémy Ligneville, *législation du bâtiment*, t. 1, n° 554. — Pothier, 2^e appendice, *Contrat de Société*, n° 247.

(2) *La loi*, 9 févr. 1899, Trib. civ. de la Seine.

(3) *Le Droit*, 25 avril 1894.

constitue *une forme de l'action en revendication*. Avec de telles prémices il est évident que la revendication ou son prétendu succédané ne peuvent être exercés que contre le possesseur, l'ancien détenteur ne restant responsable que de ses actes personnelles. Erreur encore (21 mars 1843), quand les tribunaux disent que le tiers détenteur est tenu ou d'abandonner ou de payer car le *paiement est une obligation implicite de sa propriété*.

L'art. 656 n'impose l'abandon qu'au possesseur qui existait lors des travaux et qui était débiteur personnel de leur paiement (v. art. 699) (1).

Si le voisin primitif a cédé et qu'aucune inscription n'ait révélé la créance à l'acquéreur, le cédant de la mitoyenneté n'a plus contre le débiteur de la moitié du mur qu'une créance personnelle de gestion d'affaire. Nous verrons qu'il y a un cas où le tiers détenteur pourrait être obligé d'abandonner, c'est quand il a omis de payer les créanciers régulièrement convoqués dans un ordre, c'est donc en vertu d'autres principes.

Voilà un point nettement et définitivement acquis : Créance personnelle purement chirographaire.

C'est ce que disent eux-mêmes certains théoriciens partisans de la cession servitude légale : Les obliga-

(1) Dalloz, 1895, 3, 377.

tions dérivant de la mitoyenneté ne sont que des droits personnels et mobiliers (1).

Voyons-en les effets, d'abord quand il n'y est adjoint aucune garantie particulière, puis, quand au contraire on a eu le soin de munir la créance de sûretés réelles destinées à en faciliter le recouvrement (2).

(1) *Le Droit*, 14 mars 1900.

(2) Tribunal de la Seine. *La Loi*, 16 février 1888. — *L'architecture*, 17 juin 1894, p. 335.

CHAPITRE V

Contre qui agir en paiement.

Rappelons l'espèce dans laquelle apparaît l'intérêt de la question. L'un des voisins a fait l'avance des frais de reconstruction du mur ; ou bien après s'être mis d'accord sur le principe de la cession de mitoyenneté, le voisin cédant n'est pas encore payé.

Il s'agit aujourd'hui pour lui de recourir contre son voisin, pour lui faire payer soit la quote part des frais qui lui incombent dans la construction, soit le paiement du prix stipulé dans la cession.

- 1) *Le cédant agit par l'action personnelle sans avoir droit à aucune autre garantie accessoire.*

Dans ce cas, le lien de droits étant formé entre les deux voisins originaires, l'action est limitée entre les deux parties contractantes.

Si l'acquéreur avait adossé des constructions contre le mur et qu'il ait vendu ces constructions, peut-on

dire que le cédant aura aussi une action contre le tiers possesseur. On l'a soutenu et on a même dit qu'il avait dans ce cas une action réelle (1).

Nous ne le croyons pas. On ne peut pas dire que le sous-acquéreur occupe d'une façon indue ou qu'il perpétue une possession indue ; il a en effet payé son prix et en ce qui le concerne, sa situation est licite. La loi indiquait un moyen d'avertir et d'atteindre le tiers détenteur soit par l'action résolutoire, soit par le privilège mis en œuvre dans un ordre ; de cette façon le cédant pouvait remplacer l'immeuble par un élément de patrimoine plus sûr qu'une créance ; il ne l'a pas fait ; les tiers ne peuvent pas être inquiétés sur ce point.

La situation est donc toute différente du cas où il y a simplement usurpation par le voisin au lieu d'une cession régulièrement consentie. Dans ce dernier cas, le tiers détenteur est toujours tenu de *restituer* la mitoyenneté dont son vendeur s'est emparé par voie de fait, et cela sans pouvoir prétendre que sa qualité de tiers détenteur, l'astreignait à payer seulement les créances hypothécaires inscrites avant la transcription de son titre d'acquisition. En effet dans ce cas il n'y avait pas de matière à inscription. Il n'y a pas créance mais propriété, il y a non pas une action personnelle, mais une revendication (2).

(1) M. Planiol, *Revue critique*, 1890, p. 335, Jurisprud. de la Cour de Cassation. — Tribunal civ., 15 mai 1874.

(2) Bordeaux (recueil) 13 juillet 1898, p. 470.

2) *Le cédant agit par l'action personnelle accrue du privilège et de l'action résolutoire conservés par la loi.*

Après ce que nous venons de dire précédemment, il est inutile de démontrer l'utilité de ces garanties. C'est grâce à elles, que l'on parvient à atténuer la grave dérogation apportée à la propriété par l'art. 661 en assurant au vendeur le recouvrement d'une compensation précuniaire.

Mais deux autres questions se posent à ce sujet : Nous avons dit que pour pouvoir user de ces garanties il fallait que le bénéficiaire remplisse les formalités exigées par la loi. La formalité qui nous occupe, c'est l'inscription du compte servant de titre à sa créance. Mais cette affirmation n'est pas admise par tous les auteurs. Beaucoup d'entre eux se demandent s'il est utile d'inscrire. D'autres théoriciens se demandent en outre s'il est matériellement possible au cédant d'inscrire son privilège. Nous avons à répondre à ces deux objections.

Et d'abord est-il utile d'inscrire la créance ?

La négative est naturellement soutenue par ceux qui prétendent que le paiement doit être concomitant à l'acquisition, que jusqu'à ce moment il n'y a aucune transmission de propriété, et que la revendication est la seule sanction accordée, sans qu'il y ait nécessité de transcrire. C'est encore la théorie de ceux

qui prétendent que l'obligation du paiement est attachée à l'immeuble lui-même, qui s'accroît de la mitoyenneté, et le suit entre les mains des tiers détenteurs à titre d'ayants-cause au sens de l'article 1322 du code civil (1).

En ce qui nous concerne et à priori, étant donnés les principes que nous avons posés précédemment, la créance du cédant ou du constructeur qui a fait l'avance des fonds doit être inscrite, car cette cession équivaut à une aliénation partielle (2).

C'est aussi un à fortiori que nous déduirions des théories qui disent que la cession de mitoyenneté est l'exercice d'une servitude légale, ou que c'est un contrat innommé. En effet pour les premiers la mise en œuvre de la servitude légale dépend du fait de l'homme et il est intéressant de faire connaître aux tiers l'époque où la servitude a pris corps et les conditions de l'exercice du droit une fois né (art. 2, loi 1855).

Pour les autres qui sont les partisans du contrat innommé, la nécessité de transcrire résulte de l'art. 2 de la loi de 1855. La servitude qui existait dès la construction du mur, prend fin par la cession de mitoyenneté: or l'acte qui constate la translation de propriété doit être transcrit de même que la créance du cédant

(1) *Gaz. du Palais*, 1886, 1, 6. — 1889, 1, supplément 81. — 1890 1, 679. — T. Seine, 25 fév. 1885. (*La Loi*, 20 mars 1885). — Sirey 1886, 2, 71. — *Le Droit*, 22 janvier 1890.

(2) Cassation. — Dalloz, 1889, 1, 332,

doit être inscrite. C'est un principe qu'admettent beaucoup de partisans de ce second système ; mais d'autres prétendent que la cession n'étant pas comprise dans l'énumération de la loi de 1855, ne doit pas être transcrite ; c'est une erreur car si la cession donne naissance à une créance réelle, *in rem scripta*, elle rentre néanmoins et à coup sûr dans l'esprit de la loi qui veut fournir aux tiers le moyen de connaître les charges qui peuvent limiter ou diminuer le droit de propriété. C'est donc en vertu de l'art. 1 que l'acquéreur devra transcrire et le vendeur inscrire sa créance (1).

Quant à nous, qui n'admettons pas la théorie de la servitude au sens ordinaire et réel du mot, ni surtout celle qui accepte cet étrange accouplement de deux notions opposées : créance réelle, ou même action *personalis in rem scripta*, car ces actions mixtes ne sont plus admises dans notre droit qu'au point de vue de la compétence, nous admettons néanmoins la transcription et la raison en est en quelque sorte moins abstraite et moins théorique, car notre inscription aura pour but et pour effet de nous faire conserver un privilège, le privilège accordé à tous les vendeurs (2).

A la suite de l'arrêt de 1887, M. Le Courtois prétend

(1) *Gaz. du Palais*, 1885, 1, 191 et 261 ; 1885, 2, 90 ; 1888, 2, 150, 139 ; Dalloz, 1889, 2, 285.

(2) Dans le sens de l'inscription nécessaire et obligatoire. *Le droit*, 29 novembre 1885. — 3 avril 1887. — Sirey, 1881, 2, 23. — Sirey, 1886, 2, 25, note Labbé.

que pour résoudre la question de transcription et d'inscription en matière de mitoyenneté, il faut sacrifier fatalement un des deux intérêts en jeu et il prétend qu'il est équitable d'accorder au cédant un privilège attaché de plein droit à sa créance sans inscription. D'autre part, dit-il, il est facile à l'acheteur du terrain voisin bénéficiaire de la mitoyenneté, de se prémunir contre les surprises, en stipulant dans son contrat, que, ce à quoi il sera obligé du chef de la mitoyenneté, viendra en déduction de son prix. Nous n'admettons pas cette façon de voir : nous trouvons plus simple de ne léser aucun intérêt, de ne surprendre aucun tiers, et d'admettre une théorie qui rentre dans le droit commun.

En effet cette faculté de prélèvement ne serait pas toujours possible pour l'acquéreur d'un immeuble.

Que se passera-t-il notamment au cas de vente sur saisie immobilière, a qui l'adjudicataire demandera-t-il la justification du paiement des droits de mitoyenneté ?

Le créancier poursuivant la vente n'a bien souvent aucun renseignement sur ce point. L'acquéreur sera donc contraint de payer d'abord son prix d'adjudication, puis ensuite la créance de mitoyenneté si elle se révèle plus tard, sauf son recours contre le saisi ou contre les créanciers hypothécaires qu'il aura payé avant le cédant privilégié ; mais est-il besoin de dire que ce recours sera presque inutile ? Comme le dit M. Deschamps (*thèse*, p. 117), ce serait écarter le

public des ventes judiciaires, or c'est là où on en a le plus grand besoin. De même en cas de vente volontaire on peut imaginer une fausse déclaration du vendeur qui a spécifié que les droits de mitoyenneté avaient été payés par lui. Le cédant de la mitoyenneté pourra-t-il agir malgré tout, sans avoir à inscrire sa créance, et en disant notamment qu'il n'a pas à se préoccuper des actes intervenus entre le vendeur voisin et son acheteur, actes auxquels il n'a pas été partie? Où est le moyen de contrôle de l'acquéreur pour vérifier si les déclarations de son vendeur sont exactes, si l'état des inscriptions ne fait mention de rien? Nous sommes donc fondés à ne pas admettre un privilège qu'on pourrait faire valoir de plein droit contre les tiers sans avoir à les prévenir pour qu'ils puissent se prémunir contre des surprises; et il est donc tout à fait rationnel de se maintenir dans le droit commun des privilèges.

D'ailleurs l'utilité d'une inscription ne se manifeste pas exclusivement au cas de cession d'immeuble opérée par le bénéficiaire de la mitoyenneté. Entre les deux voisins originaires, elle peut être une garantie spécialement indispensable, par exemple au cas où ils auraient convenu que le prix de la mitoyenneté ou de la surcharge serait payé non par une somme globale une fois versée mais par une somme annuelle proportionnée (1).

(1) Dalloz, 1846, 1, 325.

Mais c'est là, en cas de non paiement d'un terme à l'échéance, l'utilité secondaire de l'inscription, son vrai rôle, c'est de permettre le recouvrement de la créance, quoique la mitoyenneté soit sortie du patrimoine de l'acquéreur originaire. Ce recouvrement sera possible quand on aura prévenu, conformément à la loi, d'une part le *détenteur* de la mitoyenneté qui, sans cela pourrait s'attribuer la qualité de tiers vis-à-vis des créanciers actuels du voisin, et aurait pu valablement se libérer de son prix qu'il ne savait pas grevé ; d'autre part les *créanciers hypothécaires à venir* sur l'immeuble voisin auquel le mur a été incorporé et qui sauront désormais ce que vaut le gage qu'on leur offre.

Et notre théorie admise, il faut l'appliquer dans toutes ses conséquences. En voici notamment un exemple : Le cédant du mur, bien qu'il n'ait pas transcrit, pourra-t-il réclamer le prix de la mitoyenneté à l'acquéreur de l'immeuble voisin, si cet acquéreur, par son contrat d'acquisition ou à la suite d'un dire adjoint au cahier des charges, s'est obligé à ne réclamer aucune diminution de prix ni aucune garantie ou indemnité à raison des droits de mitoyenneté ou de surcharge des murs séparatifs alors même que ces droits seraient dus ? Non, parce qu'il n'a pas transcrit. On a bien dit que cette clause crée un lien de droit entre le vendeur du mur et l'acquéreur actuel de l'immeuble voisin, et nous tenons pour valable cette stipulation pour autrui, mais ce qu'il faut pré-

ciser, c'est l'étendue de l'engagement pris par l'acquéreur. Or cette clause elle-même ne dispense pas d'inscrire, à moins qu'elle soit absolument explicite sur ce point. En cas contraire on ne doit admettre qu'une chose, c'est que l'acquéreur s'est obligé à payer les créances relatives aux murs, mais à la condition qu'elles aient été valablement conservées conformément à la loi. Il est impossible d'admettre facilement un engagement qui irait à l'encontre du droit commun. Mais alors à quoi servira cette clause, va-t-on dire ? Uniquement à liquider de suite la situation du vendeur avec son acquéreur relativement à la mitoyenneté, à éviter une série de recours toujours longs et dispendieux, et à attirer l'attention de l'acheteur en lui permettant de réduire son prix d'autant.

C'est donc à l'acquéreur voisin à ne pas payer sans lever un état des inscriptions grevant l'immeuble qu'il achète. Quand sur cet état il a ouvert un ordre, appelé le cédant de la mitoyenneté à la distribution du prix, il est valablement libéré de toutes les hypothèques et de tous les privilèges qui pouvaient le grever et il pourra valablement payer le surplus entre les mains du vendeur (1).

Malgré la déduction logique que nous venons de faire avec les principes normaux, nous avons encore à lutter contre des objections et on nous conteste encore l'utilité d'inscrire, cette fois non plus pour des

(1) *Le Droit*, 1^{er} oct. 1890.

raisons de principes purs, mais pour des motifs d'utilité pratique. On nous dit : à quoi servira le privilège ? Pourrez-vous le faire valoir sur l'immeuble voisin en entier ? Mais votre privilège ne porte que sur ce que vous aviez mis dans le patrimoine du vendeur. — Pourriez-vous exproprier le mur seul, ou plutôt la portion de mur mitoyenne ? mais ce mur pris à part n'est pas susceptible d'expropriation ni de surenchère, pour cette bonne raison, que la copropriété mitoyenne du mur ne peut appartenir à un autre titulaire que le propriétaire de l'immeuble voisin, autrement dit, la servitude, ne peut être séparée de l'immeuble dans l'intérêt duquel elle a été créée (articles 637, 686, Code civil).

Ces arguments sont-ils décisifs ? A la vérité ils ne nous gênent en rien. Nous n'avons pas la prétention de poursuivre la vente du mur séparément de celle du fonds auquel il appartient ; nous poursuivrons la vente de l'immeuble entier, ou du moins nous produirons à l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble entier, précisément parce que nous aurons pris inscription sur sa totalité. Mais pour résoudre la question dans des termes généraux, et au cas où on prétendrait que nous ne pouvons pas exproprier l'immeuble voisin dans son entier, il nous faut rechercher si le privilège est forcément lié au droit d'expropriation. Autrement dit, il faut savoir si les créanciers perdent leur droit d'hypothèque sur la portion de gage qui leur est enlevée (servitude, usage, habitation ou

mitoyenneté) et cela sous prétexte que sur cette portion leur pouvoir d'expropriation est annihilé. Certains auteurs (notamment Troplong, *Privilèges et hypothèques*, n° 777) et certains arrêts (1) le prétendent; le créancier hypothécaire, disent-ils en substance, ne pourra pas exiger qu'au moment de la vente de l'immeuble on réunisse au prix la somme représentant la portion détachée.

Quelle sera alors la sanction de cette diminution de gage par le fait du débiteur? Troplong le dit: pour « les portions du domaine qui quoique frappées de l'hypothèque quand elles sont réunies au domaine, lui échappent quand elles sont démembrées ». En pareil cas le créancier n'aura comme ressource que l'action paulienne ou bien le débiteur sera passible de la déchéance du terme inscrite dans l'article 1188. Sur quoi basent-ils leur théorie? Quant à nous, nous ne le voyons pas. En tous cas, dans notre espèce, si le débiteur hypothécaire a cédé une partie du gage, ce n'est que contraint et forcé par l'article 661. Pourquoi alors lui infliger une déchéance? Aussi nous répétons ici ce que nous avons déjà dit plus haut. Il n'est pas besoin de chercher des garanties à côté; le privilège peut fort bien s'exercer sans qu'on use du droit de suite. Une revente sur surenchère ne serait pas possible, soit, mais le droit de suite s'exercera dans la purge qui est obligatoire pour l'acquéreur. Si celui-ci

(1) Dalloz, *hypothèque*, p. 331 — 1847, 2, 57.

ne purge pas, alors il deviendra débiteur personnel, donc de toutes façons nous serons payés. Et comment le serons-nous ? grâce à une ventilation : c'est-à-dire qu'une expertise suppléera à l'impossibilité de vendre le mur séparément et déterminera ainsi la valeur du gage sur lequel nous pourrons exercer notre hypothèque privilégiée (1).

En cas de contestation, si le cédant prétend que le mur vaut davantage, ce sera encore une expertise qui, vu l'impossibilité d'une surenchère, indiquera si sa contestation est fondée.

Enfin (ce qu'on paraît oublier, même en admettant qu'il nous soit impossible de faire valoir le privilège), est-ce que conformément aux principes généraux de la vente, notre inscription ne va pas nous fournir une autre garantie ? N'aurons-nous pas à notre disposition l'article 1654 ? Grâce à lui nous pourrons faire prononcer la résolution de la vente contre le détenteur actuel, et, la résolution prononcée, nous pourrons revendiquer le mur. Donc encore à ce point de vue on constate l'utilité d'inscrire. On nous répond : il est vrai, « si le privilège n'existe pas par suite de l'impossibilité où l'on est d'en user, l'action en résolution existe bien, mais sans nécessiter une publicité quelconque, car la loi de 1855 ne prescrit la publicité de cette action que par solidarité avec le privilège ; si elle existe seule,

(1) En ce sens, Laurent, t. xxxi, n° 248. — *Jurisprudence générale*, n° 775.

elle est indépendante et ne rentre plus dans les termes de la loi... » Nous l'accordons ; la situation qui nous occupe n'a pas été visée expressément dans les textes nouveaux, c'est vrai, mais que fait-on de leur esprit ?

Donc il est de prudence élémentaire et il est utile d'inscrire la créance mitoyenneté (1). Nous croyons l'avoir suffisamment démontré. Il va sans dire que conformément aux principes ordinaires, la transcription par l'acquéreur pourra remplacer l'inscription par le vendeur, et même le conservateur devra procéder de lui-même à l'inscription d'office, quand il rencontrera la mention qu'une partie ou que la totalité du prix n'est pas payée. Mais en l'espèce, il pourrait être dangereux de compter sur la transcription par l'acquéreur, car ainsi que nous l'avons dit précédemment, de nombreux auteurs soutiennent que la cession de mitoyenneté n'est pas une vente. Il y a donc lieu de craindre qu'un acquéreur partisan de cette théorie ne transcrive pas, l'acte de cession et c'est pourquoi, à titre de conseil pratique, il vaut mieux préconiser l'inscription dans les différents bureaux où l'on présume que le débiteur a des biens, pour le cas où l'immeuble voisin serait trop grevé ou insuffisant pour payer la créance et si on n'admet pas que l'hypothèque est privilégiée, question très discutée ainsi que nous l'avons vu.

Telle est notre théorie, mais par la force des choses

(1) Dans ce sens Aubry et Rau, t. II, 65 et 174 bis.

ne comporte-t-elle pas d'exception ? Autrement dit est-il toujours possible pour le vendeur d'inscrire sa créance de mitoyenneté ?

Beaucoup d'auteurs, et ce sont les mêmes que ceux qui nient l'existence du privilège, prétendent que dans bien des cas il est impossible au cédant de se procurer un écrit constatant la vente. Quant à nous, nous ne voyons pas quelles sont les situations qui pourraient rendre l'inscription impossible et empêcher le créancier d'établir sa bonne foi vis-à-vis du tiers acquéreur. Même au cas où l'usurpation opérerait de plein droit acquisition de la mitoyenneté (ce que nous n'admettons pas), on pourrait, néanmoins, soutenir que dans ce cas encore il est possible d'inscrire. Ne peut-on faire procéder à un constat et faire sommation au conservateur d'avoir à inscrire en vertu de ce constat, sauf à faire évaluer le prix de cession soit par le tribunal, soit par un expert. A plus forte raison nous devons considérer comme inexacts les prétendus empêchements d'inscrire puisque nous avons posé en principe que l'acquisition de la mitoyenneté ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une convention ou d'un jugement qui en règle l'époque, les conditions et le prix. Le cédant aura donc toujours entre ses mains soit un décompte sur timbre, soit une convention ou un jugement, soit un rapport d'expert.

Toutefois en matière de mitoyenneté et spécialement, relativement à la question qui nous occupe, *un cas intéressant peut se présenter*. Nous avons vu

les conditions que le cédant devait remplir pour poursuivre son débiteur, soit qu'originellement il ait fait construire le mur à ses frais, soit qu'il ait dû faire les avances nécessaires aux travaux, en sa qualité de demandeur et sauf son recours contre les autres parties en cause ; mais on peut supposer que le cédant n'ait pas encore payé son entrepreneur, constructeur, démolisseur ou réparateur du mur, que son immeuble soit détruit et qu'il soit aujourd'hui insolvable, de telle sorte que l'entrepreneur n'ait plus de recours que contre le voisin et pour la part que ce dernier doit supporter à sa charge. Nous ne parlons pas d'un recours possible contre l'expert, car les experts étant les mandataires de la justice ordonnent mais ne paient pas et, bien qu'aucun lien de droit n'existe entre l'entrepreneur choisi par l'expert et les propriétaires, l'équité et la raison exigent que le paiement soit effectué par ces derniers. Le jugement ou l'ordonnance de référé, le constatent d'ailleurs. Mais dans notre espèce, le recours est impossible contre le voisin qui avait provoqué l'expertise et demandé les travaux, il ne peut donc s'exercer utilement que contre l'autre voisin soit parce qu'un jugement ou le contrat de cession a mis à sa charge une partie des dépenses, soit parce qu'il en a profité et qu'il est passible d'une action *in rem verso* dans la limite du profit tiré par lui.

Dès lors la question qui se pose est celle de savoir à quelles conditions l'entrepreneur devra satisfaire pour réussir dans sa demande en paiement contre

ce voisin. Il faut distinguer deux choses : la *créance*, et le *privilege* accordé par l'art. 2103 du Code civil pour conservation de l'immeuble. La créance reste dans le patrimoine de l'entrepreneur avec les risques d'insolvabilité mais sans nécessité de formalités spéciales pour sa conservation. Le privilege n'est conservé qu'en observant les conditions qu'impose l'art. 2103, notamment par la levée du rapport de l'expert et sa transcription avant les travaux, comme aussi par la fixation de la plus-value donnée après les travaux. Donc, à ce point de vue, la *situation* de l'entrepreneur vis-à-vis du copropriétaire est *absolument la même que celle du constructeur ou du cédant contre son voisin*. On a pourtant prétendu que dans certains cas, cet entrepreneur n'a pas à inscrire son privilege et particulièrement lorsque dans le cahier des charges il a été inséré une clause ou un dire indiquant qu'outre le prix d'adjudication, l'adjudicataire aura à supporter le montant des travaux accessoires dus à l'occasion de la démolition et reconstruction des murs mitoyens. Nous avons déjà eu l'occasion de rencontrer cette question, et nous avons dit qu'il était difficile d'admettre que l'adjudicataire eût à payer tout droit afférant à la mitoyenneté, alors même que ces droits n'auraient pas été conservés conformément à la loi ; donc cet argument est mauvais et n'établit nullement la dispense d'inscription. Mais d'autre part, on a dit, en raisonnant cette fois au point de vue de l'équité : dans l'espèce dont il s'agit, en

fait et à un deuxième degré, l'entrepreneur est en quelque sorte le délégué du tribunal, l'instrument de la justice ; donc il a un privilège, mais tout à fait distinct de l'article 2103 du Code civil ; c'est le privilège des frais de justice. Donc on ne peut pas lui objecter le défaut d'inscription de l'acte établissant la créance, car d'une part elle est impossible et s'il fallait attendre l'achèvement des travaux pour inscrire la créance évaluée, il y aurait à craindre une revente rapide par le débiteur, de telle sorte que l'entrepreneur resterait sans action contre le détenteur nouveau ; d'autre part elle est inutile aux termes des articles 2101 et 2105. Enfin, on ajoute à l'appui de cette opinion que la bonne foi du réclamant est manifeste, puisque l'acquéreur a été averti par un dire inséré au cahier des charges et qu'en outre la plus-value donnée par l'entrepreneur est certaine et publique.

En ce qui nous concerne, nous doutons du bien fondé de ce système ; nous savons bien que certains praticiens produisent aux ordres en vertu de l'article 2105, en donnant aux frais de justice une extension qui menace d'être sans limites. Les voyages, la correspondance des administrateurs judiciaires sont privilégiés, disent-ils, il doit en être de même des travaux faits sur les ordres qu'ils ont donnés et qui découlaient directement de leur mission judiciaire. Et ils raisonnent de même des travaux faits sur l'ordre des experts. Mais il est douteux que cette

interprétation trouve faveur auprès des tribunaux et en conséquence nous maintenons la nécessité d'inscrire, que le créancier soit l'entrepreneur ou le propriétaire du mur.

Nous pourrions clore nos recherches sur la question de savoir contre qui on peut agir en paiement si nous n'avions à fixer les principes sur quelques espèces particulières de nature à se présenter fréquemment. Notamment quand il y a deux titulaires *usufruitier et nu propriétaire* contre qui doit-on poursuivre le recouvrement des comptes de mitoyenneté concernant la construction, l'entretien ou la démolition et reconstruction du mur? Pas de doute pour l'entretien, il est à la charge de l'usufruitier. Quant aux autres dépenses, elles constituent certainement de graves réparations en dehors des termes de l'article 608 du Code civil, mais rentrant dans l'article 605, à moins qu'elles ne soient dues au défaut d'entretien par l'usufruitière. Il n'y a donc rien de particulier dans cette hypothèse.

Quand la propriété du terrain et celle des constructions reposent sur deux têtes différentes, doit-on diriger l'action contre le constructeur et contre le propriétaire du terrain? Nous visons le cas où les constructions doivent restés acquises au propriétaire du sol à la fin du bail; et où aucune clause n'a réglé expressément la situation des deux parties sur le point qui nous occupe. La jurisprudence est hésitante et statue dans les deux sens. Certains jugements disent que la créance du prix de mitoyenneté ne peut être

poursuivie contre le propriétaire du sol, car l'acquisition de la mitoyenneté ne lui a pas été utile (1).

D'autres décisions prétendent que le seul débiteur est le propriétaire du fonds sur lequel sont élevées les constructions attenantes au mur, même quand ces constructions ont été élevées par un locataire du fonds (2).

Quelle est la théorie exacte et, en l'absence de textes qui puissent résoudre la question, quelle est la solution conforme au bon sens et à l'équité? Nous doutons que ce soit la première. Ne peut-on pas plutôt raisonner par analogie avec l'article 605 du Code civil? En mettant à part la nature des deux droits, ne peut-on, au point de vue de la durée, comparer le louage à l'usage et à l'usufruit? Et dès lors, si l'article 605 laisse les grosses réparations à la charge du nu-propriétaire, évidemment parce que c'est surtout à lui qu'elles profiteront, ne peut-on pas dire aussi que cette grosse acquisition que le propriétaire va réaliser et qui consiste dans l'acquisition de la mitoyenneté devra être payée par le propriétaire du sol, car c'est lui qui devient communiste définitif et sans limitation de durée?

On peut répondre que le locataire ne peut pas imposer au propriétaire une acquisition dont il ne va

(1) Tribunal civil de la Seine. *La loi*, 4 janvier 1887. — *Gaz. du Palais*, 1887, 2, 201. — 1888, 2, 118. — 1890, 1, 228.

(2) En ce sens. *Gaz. du Palais*, 1889, 1, 544. Paris, 7 janvier, 8 et 12 février 1889. — *Le Droit*, 14 mars 1889.

pas profiter, tout au moins pour le moment, dont il ne profitera peut-être jamais s'il use de la faculté d'abandon, qui en tous cas lui est peut-être imposée à contre-temps, et qu'enfin le locataire n'a pas qualité de gérant d'affaire ou de mandataire tacite pour réaliser une acquisition au nom de son locateur. Mais va-t-on, en s'appuyant sur ce raisonnement, laisser tout le prix de l'acquisition à la charge du preneur, même au cas où son bail expirerait dans une ou deux années, et si l'on admet qu'il ait un recours contre le propriétaire par une sorte d'action *in rem verso*, ne va-t-on prendre pour base de cette action que l'enrichissement obtenu par le terrain grâce à la mitoyenneté ? Cette plus-value ne sera-t-elle pas souvent insignifiante et, sous prétexte de ne tenir compte que des principes juridiques d'enrichissement, n'est-ce pas méconnaître la réalité des choses ?

Pour toutes ces raisons nous estimons que l'action en paiement de la mitoyenneté devra être poursuivie *contre le propriétaire du terrain* parce que : 1° dès maintenant il bénéficie d'une sorte d'accession par l'acquisition de la mitoyenneté et qu'en vertu des principes d'enrichissement induit il en doit le paiement, sauf à en demander compte au locataire sous forme de remboursement partiel ; 2° parce que le bail qui dans la majorité des cas n'est intervenu qu'entre le propriétaire et son locataire ne peut pas être invoqué à l'encontre des tiers et qu'aux termes de l'art. 661, le véritable acquéreur de la mitoyenneté c'est le pro-

priétaire voisin ; enfin, 3° parce qu'il ne nous paraît pas exagéré de dire que l'autorisation de construire donnée au locataire, comporte le consentement du propriétaire à l'acquisition de la mitoyenneté, surtout quand celle-ci est acquise sans aucune opposition de la part du bailleur. Le locataire règlera les clauses et conditions d'acquisition, suivant ses besoins le bailleur en paiera le montant à la suite d'une sorte de mandat tacite qu'aura exécuté son preneur et qu'il aura consenti en considération des constructions qui vont devenir sa propriété sans bourse délier.

Une dernière espèce intéressante est la suivante : Quand la construction voisine appartient à *plusieurs propriétaires* de telle sorte qu'il y ait à la fois, d'une part copropriété pour le sol, les gros murs, le toit, la porte d'entrée et les impôts, et d'autre part propriété exclusive par chaque titulaire pour chacun des étages, à qui incombe le paiement de la mitoyenneté qui n'est pas encore acquittée ? Cette situation qui se présente fréquemment dans les legs de la Bretagne, de l'Isère et de la Corse, a été réglée avec netteté par l'article 664 du Code civil. Les grosses charges communes, dit cet article, et notamment les gros murs doivent être supportés par chacun des propriétaires proportionnellement à la valeur de son étage.

Cette règle doit s'appliquer en cas d'acquisition de la mitoyenneté, mais dans cette répartition, il est évident qu'on ne doit pas tenir compte des embellisse-

ments et des ornements particuliers qu'un propriétaire a fait à son étage, ce qui aurait pour effet de modifier sa quote part (1). Notons aussi que s'il y a eu exhaussement du mur, ce n'est pas uniquement à celui qui est propriétaire de l'étage supérieur que le voisin devra réclamer l'indemnité de surcharge, mais à chacun d'eux dans la même proportion car le consentement de tous les copropriétaires étant nécessaire pour toute innovation, ils ont dû donner leur assentiment aux travaux ; en effet, dans notre hypothèse, l'article 662 n'est plus applicable puisqu'il s'agit non pas de mitoyenneté, mais de copropriété et un expert n'aurait aucun pouvoir pour permettre au propriétaire supérieur de porter atteinte au droit des autres.

Enfin, au cas de reconstruction du mur mitoyen pour cause de vétusté ou pour les besoins de la maison commune, le voisin devra encore observer l'article 664 s'il est créancier à raison de raccords, ou de dégâts ou d'avances, car la même proportion vise les réparations et reconstructions, ce qui veut dire les reconstructions pour cause de vétusté ou devenues nécessaires pour l'usage de la maison. La reconstruction d'un mur mitoyen est un fait non susceptible de division matérielle ou intellectuelle, qui, dans son exécution, est indivisible entre les copropriétaires par indivis du mur. Comme conséquence, l'obligation d'en payer le prix est indivisible comme l'obligation acceptée par les entrepreneurs de faire les

(1) Demolombe, XI, 429.

travaux même si l'un des copropriétaires n'avait pas pris l'initiative des travaux et s'il avait fait des réserves lors de l'ordonnance de référé ayant nommé l'expert (1). Il n'est pas fondé à soutenir qu'il n'est tenu que pour sa part vis-à-vis des entrepreneurs.

On ne peut exclure de l'article 664 que la reconstruction qui serait faite par l'un des communistes après un cas fortuit, un incendie par exemple, et après licitation du terrain et des matériaux provenant du sinistre.

(1) Le journ. *La Loi*, 17 nov. 1899.

CHAPITRE VI

A qui payer.

Nous avons vu à qui le créancier d'un compte de mitoyenneté peut réclamer son paiement, il semble que c'était là le point essentiel et délicat à déterminer. Mais il reste encore une grave question à résoudre. Le créancier a dû prendre des précautions pour le jour où il voudrait toucher son prix, le débiteur à son tour ne devra-t-il pas prendre les mesures nécessaires pour payer valablement et ne pas s'exposer à être poursuivi deux fois ? Autrement dit, quand il sera devenu copropriétaire mitoyen, à *qui le voisin devra-t-il payer le compte de mitoyenneté* ? Examinons en premier lieu à quelles conditions la cession sera complètement régularisée à son égard. C'est le corollaire de la question précédente : nous nous demandons si le vendeur devait inscrire sa

créance, il nous faut rechercher maintenant si le voisin doit transcrire son titre d'acquisition.

Etant donnée notre solution sur la nature de la cession de mitoyenneté, les conséquences en découlent aisément conformément aux principes ordinaires. Nous sommes en effet en matière immobilière ; or entre les parties la vente des immeubles est parfaite par leur simple consentement, mais à l'égard des tiers il est nécessaire de remplir la formalité de la transcription (1). Mais ici comme sur tous les points que nous avons examinés en cette matière, nos adversaires nous obligent à réfuter leurs objections et à prouver que notre solution est solidement étayée sur des principes juridiques. On nous disait précédemment qu'il n'était pas utile au vendeur d'inscrire son privilège parce que dans la majorité des cas il ne le pourrait pas et aussi parce qu'il ne pourrait faire valoir le privilège une fois inscrit.

De même en notre matière on nous dit : il est impossible d'imposer à l'acquéreur l'obligation de transcrire son titre d'acquisition parce que, dans la plupart des circonstances où il se trouvera, il ne pourra pas se procurer un titre ; et en tous cas il est inutile pour lui de transcrire car il n'a pas à craindre que le mur soit vendu à nouveau par son voisin. En effet, la mitoyenneté ne peut être cédée indépendamment du fonds qui en bénéficie. On dit aussi, que légalement

(1) Art. 1583 du Code civil, articles 1 et 3 de *La loi* du 23 mars 1855.

l'acquéreur n'est pas tenu de transcrire parce que le droit de mitoyenneté n'est pas prévu par la loi de 1855 et qu'il serait injuste de reprocher au bénéficiaire de ne pas avoir observé une formalité qui n'est prescrite par aucun texte (1), que d'ailleurs la cession de mitoyenneté étant une charge inscrite dans la loi, il était naturel de dispenser le bénéficiaire d'une publicité quelconque.

Reprenons chacun de ces arguments et voyons combien ils sont faux et contraires à la loi.

Et tout d'abord il est facile de répondre à la prétendue objection d'après laquelle la publicité de l'acquisition résulte suffisamment de la loi (article 661). Les partisans de cette opinion sont les théoriciens de la cession de mitoyenneté servitude légale. Nous n'avons pas admis ce système, mais nous avons dit que même en l'admettant c'est exclusivement le principe, qui est inscrit dans la loi, le titre permettant d'exiger sa mise en œuvre et que par conséquent l'époque, l'assiette, les limites et les conditions de son exercice dépendant du fait de l'homme doivent être portées à la connaissance des tiers (2) pour leur indiquer l'époque où le droit abstrait devient vivant et sort du domaine de la théorie pour entrer dans celui des faits. Donc, même dans la théorie de la servitude, l'acquéreur devra transcrire son titre constitutif, sinon en vertu de l'art. 1, du moins en vertu de l'article 2 de la

(1) *Journal du Palais*, 1886, 1, 194, note Labbé.

(2) Voir *Dalloz*, 1895, 1, 380.

loi de 1855. Il transcrira sinon comme acquéreur d'un droit de la propriété, du moins comme bénéficiaire d'une servitude légale et cela afin d'indiquer aux tiers intéressés que la mitoyenneté a été acquise conformément au droit que conférait la loi.

Le droit de mitoyenneté, dit-on, n'est pas visé expressément par la loi de 1855. Mais, en raisonnant ainsi, se conforme-t-on à son esprit ? et, sous prétexte de l'interpréter servilement, ne va-t-on pas à l'encontre de son but, qui n'est pas uniquement de garantir le crédit hypothécaire *ni* par conséquent de viser exclusivement les droits susceptibles d'hypothèque ? Sa portée est plus vaste : elle a voulu, par le système de la transcription, garantir le crédit foncier en général, ce qui fait rentrer dans ses dispositions tous les droits de nature à diminuer la valeur ou à modifier la situation des immeubles sur lesquels ils portent. Et cet esprit de la loi se révèle dans ses dispositions expresses, notamment dans le texte qui exige la transcription des baux de 18 ans (1).

C'est pour la même raison qu'il est inexact de dire que l'acquéreur n'a pas besoin de transcrire, sous prétexte qu'il n'a pas à craindre d'aliénation ultérieure de la part du cédant. Les aliénations successives constituent un danger ; mais *ce danger évité*, soit grâce à des précautions prises, soit à cause de la situation des lieux, *il en subsiste un autre*. Si les

(1) Voir *l'Architecture*, 1894, p. 355. — Dalloz, 1886, 2, 189. — 1895, 1, 379.

tiers n'ont pas été avertis de l'acquisition, s'ils ont fait sur l'immeuble des stipulations de garantiè, dans la croyance qu'il était demeuré dans le patrimoine du propriétaire originaire, ne sont-ils pas fondés à en poursuivre la vente contre le tiers détenteur et cela aux termes mêmes de la loi de 1855, de sorte qu'il est intéressant pour l'acquéreur d'éviter par une inscription antérieure l'éviction qui lui serait causée par les créanciers hypothécaires ou par les créanciers subrogés qui auraient, de leur côté, opéré la transcription de leur titre.

Il faut donc décider que le cessionnaire de la mitoyenneté doit transcrire, car son acquisition constitue une diminution de valeur de l'immeuble voisin, que cette acquisition soit limitée à une portion déterminée du mur ou qu'elle s'étende sur toute la longueur. Et il doit transcrire, que l'acquisition de la mitoyenneté soit apparente par les constructions adossées, ou qu'elle ne soit pas visible si le voisin n'a pas encore pris possession effective du mur. En effet, la loi de 1855, lorsqu'elle exige la transcription des servitudes dans l'article 2, a repoussé la distinction des servitudes apparentes ou non apparentes, comme elle a négligé d'ailleurs cette considération, que la servitude ne pouvait être cédée successivement à deux tiers.

Il doit en être de même pour nous, qui exigeons la transcription en vertu de l'article 1.

Enfin, nous verrons que l'acquéreur est intéressé à

purger, pour éviter de la part des créanciers hypothécaires, l'action résolutoire de l'article 2108 du Code civil. Or, la transcription est le préliminaire de la purge.

Nous ne nous arrêterons pas davantage à la prétendue impossibilité de transcrire le titre d'acquisition. Quand nous avons étudié l'établissement du compte de mitoyenneté, nous avons vu qu'il doit être dressé en double exemplaire. Le cessionnaire aura donc un titre entre les mains, et peu importe qu'il soit acquitté ou non, puisque le paiement ne doit pas être nécessairement concomitant à l'acquisition. D'ailleurs, nous l'avons dit déjà, même dans la théorie qui prétend que l'acquisition peut s'opérer par le seul fait de l'utilisation du mur, une transcription n'est pas impossible (art. 2148 du Code civil) ; elle peut se faire par une sommation faite au conservateur ou par la transcription d'un procès-verbal d'offres du prix de la mitoyenneté, réclamée conformément à l'art. 661. Ce n'est pas l'unique espèce où la question se pose.

En cas de réquisition de séparation des patrimoines, aucun titre n'est à la disposition du requérant, et pourtant la possibilité d'inscrire ne fait aucun doute (1).

Conformément aux principes que nous venons de poser, supposons donc maintenant que l'acquéreur de la mitoyenneté a transcrit son titre d'acquisition ré-

(1) Dalloz, 1885, 1, 286.

sultant de l'établissement du compte ou de la convention qui en a réglé les conditions d'usage. Il a l'intention de se libérer de son prix, soit pour régler définitivement la situation en même temps que son acquisition, soit parce que l'échéance convenue est arrivée.

Entre les mains de qui va-t-il déposer les fonds ?

— A priori quatre catégories d'individus peuvent être intéressés à ce que le paiement soit fait entre leurs mains ou tout au moins que leurs deniers soient réservés :

1° Les créanciers hypothécaires du cédant ;

2° Les prétendus cessionnaires de la créance de la mitoyenneté ;

3° Les entrepreneurs qui voudraient se faire payer directement des sommes qui leur sont encore dues.

4° L'ancien propriétaire qui a consenti la cession du mur et qui s'opposerait à ce qu'on remette les fonds à son successeur.

Examinons successivement les prétentions de ces intervenants.

1° *Créanciers hypothécaires.* — Les créanciers inscrits sur l'immeuble du cédant ont intérêt à ce qu'on ne diminue pas leur gage, et, sans aucun doute, ils ont dans l'espèce un grand intérêt à ce que la moitié du mur ne soit pas distraite de l'immeuble hypothéqué. Ceci posé la question que nous avons à résoudre comporte deux termes : 1° Les créanciers inscrits ont-ils le droit de s'opposer à la cession de la

mitoyenneté et au cas où elle serait opérée à leur insu peuvent-ils, se basant sur ce fait, invoquer contre leur débiteur la déchéance du bénéfice du terme inscrite dans l'article 1188 du Code civil ? 2° Quand la cession a été opérée, soit à leur insu, soit de leur consentement, ont-ils le droit d'exiger l'ouverture d'un ordre sur le prix qui n'est pas encore payé ?

Pour résoudre le premier point, il faut rechercher *si les hypothèques* grèvent encore accessoirement la portion de mur qui a été cédée ou si la cession met obstacle au droit de suite des créanciers hypothécaires. Ici nous retrouvons les conséquences des différentes théories que nous avons vues sur la cession de la mitoyenneté. Ceux qui veulent absolument voir dans l'opération l'exercice d'une servitude normale et obligatoire pour le cédant disent que de plein droit les créanciers hypothécaires perdent leur faculté de suivre l'immeuble et de l'exproprier entre les mains des tiers détenteurs (1).

De même : « La mitoyenneté du mur n'ayant
« pas d'existence indépendante et ne pouvant se déta-
« cher de l'immeuble au profit duquel elle a été
« acquise ne peut être saisie et mise aux enchères
« par les créanciers hypothécaires de celui qui l'a
« cédé ; en conséquence, l'acquéreur de la mitoyen-
« neté d'un mur ne peut pas invoquer l'art. 1653 du
» Code civil et exciper des hypothèques qui grèvent

(1) En ce sens : *Recueil d'Angers*, 1898, p. 118.

« l'immeuble voisin pour refuser de payer le prix de
« la mitoyenneté jusqu'à ce que ces hypothèques
« soient radiées (1).

Et certains auteurs ajoutent (2) que cette cession d'ailleurs forcée ne cause aucun préjudice sérieux aux créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble et que par conséquent le mur peut échapper à leur droit de suite. Nous préciserons ce point plus loin et nous serons du même avis s'il s'agit simplement de supprimer le droit de suite du créancier en lui imposant un remboursement partiel anticipé, mais non pas s'il s'agit de les exclure d'un ordre ouvert sur le prix de la cession.

En ce qui nous concerne et conformément à la théorie que nous avons émise, puisque la cession de la mitoyenneté constitue une vente, donc une aliénation partielle et pour les créanciers une diminution partielle de leur gage, nous admettons qu'a priori ils pourraient s'opposer à la cession. Mais un texte empêche qu'ils émettent cette prétention. C'est l'article 661 qui est d'ordre public, c'est le principe suivant lequel la cession est imposée au propriétaire du mur dans un intérêt public ; or il est de principe absolu que l'intérêt privé doit céder devant un intérêt général. D'autre part cette servitude particulière qui consiste dans l'obligation de satisfaire à la demande

(1) Tribunal civil Nancy, *Gaz. Palais*, 1896, 1, 396.

(2) Dalember. *Traité théorique et pratique de la purge des privilèges et hypothèques* ; 2^e édition, t. II, p. 6.

de mitoyenneté est une servitude écrite dans un texte de loi, et un des axiomes qui dominent notre droit est que nul n'est censé ignorer la loi. Par conséquent les créanciers hypothécaires en acceptant le gage qui leur était offert ont su par avance que ce gage pourrait être un jour soumis à une restriction en ce qui concernait la clôture; malgré tout ils ont accepté la garantie qui leur était offerte avec les charges qu'elle comportait suivant le droit commun de la propriété foncière. Aujourd'hui ils n'ont donc aucune réclamation à faire et aucune opposition à former à la cession.

2° Est-ce à dire cependant que les créanciers hypothécaires n'aient aucun droit à intervenir dans cette cession ? et aucune prétention à y faire valoir ? C'est le deuxième terme de la question que nous avons posée ; si les créanciers hypothécaires n'ont pas à consentir à cette cession qui est de plein droit autorisée par la loi elle-même, s'ils perdent le droit d'inquiéter l'acquéreur de la mitoyenneté pour la portion de mur par lui acquise, parce qu'en quelque sorte la cession de mitoyenneté opère purge relativement à la partie cédée, cette solution en amène une autre : ils gardent néanmoins leur droit de préférence sur le prix de la cession, qui sera distribué par voie d'ordre, pour valoir sur le principal des créances. Par conséquent l'acquéreur de la mitoyenneté sera en droit de tenir au cédant le langage suivant : je ne vous paierai à vous le prix de la mitoyenneté que si vous me justifiez qu'aucune hypothèque

ne grève votre propriété, et au cas d'hypothèques inscrites sur votre immeuble j'exige soit la main-levée de ces créanciers, soit leur concours à ma quittance, pour constater leur renonciation ou les acomptes qui leur seront remis et qui sont représentatifs de la demi-valeur du mur. Cette opinion n'est pourtant pas celle de tous les auteurs et nous trouvons de nombreux points de contestations.

Nous ne reviendrons pas sur la théorie qui prétend que la cession de la mitoyenneté n'est pas une vente mais une expropriation forcée, ou plutôt une servitude (1).

Nous avons démontré ailleurs que même dans cette théorie l'inscription de la créance du cédant est nécessaire ; nous ajoutons ici que la nature de l'opération intervenue n'empêche pas qu'en réalité, il y ait d'une part diminution du gage attribué aux créanciers, et d'autre part, dette par le bénéficiaire d'une somme d'argent, qu'il est de toute équité de verser entre les mains des créanciers, jadis nantis de l'immeuble et aujourd'hui dépossédés d'une sûreté à laquelle ils avaient droit. Et qu'on ne prétende pas que la dépréciation de l'immeuble est en réalité très minime, que l'immeuble ne subit dans son entier aucune moins-value, puisqu'il continue à utiliser le mur, qu'enfin ce que le débiteur perd en propriété, il l'économise en

(1) Guillouard, t. I, n° 439.

deniers ; puisqu'il n'aura plus à payer dans l'avenir que la moitié de l'entretien.

La moins-value nous importe peu ; nous trouvons actuellement une portion du gage réalisée, nous prétendons qu'il est juridique d'en attribuer le prix conformément au droit commun. Et quant à la considération d'économie réalisée, elle ne prouve qu'une chose, c'est que la cession intervenue augmente le gage des créanciers chirographaires mais au détriment des créanciers hypothécaires et cela à raison de la nature exceptionnelle du droit de mitoyenneté.

On dit aussi que le non paiement entre les mains des créanciers inscrits n'aurait aucune sanction car l'article 2169 du Code civil sur la remise en vente, n'est pas applicable. Mais nous protestons énergiquement contre une telle assertion. Bien au contraire dès l'instant que la créance est révélée à l'acquéreur conformément à la loi de 1855, celui-ci a dû, sur sa transcription, lever l'état des inscriptions pouvant grever le bien qu'il a acquis, et au cas où il a méconnu cette obligation, il devient bien, non pas susceptible, d'encourir une revente, mais il prend désormais la qualité de débiteur personnel de toutes ces créances, passible des voies d'exécution mobilière ou immobilière sur tous ses biens.

Une certaine théorie nous objecte que si nous admettons que les créanciers inscrits ont droit au prix de la mitoyenneté, il faut pousser le système jusque dans ses conséquences dernières et puisqu'il

peut y avoir des hypothèques légales grevant l'immeuble du cédant, il faut dire que l'acquéreur doit procéder à la purge légale. Nous ne croyons pas que ce soit là une conséquence à tirer du système que nous proposons. Nous déduisons jusque dans toutes ses conséquences le système que nous avons admis, à savoir que la cession de mitoyenneté est une véritable vente, mais nous nous arrêtons quand ces déductions poussées à l'extrême seraient contraires au bon sens, et ce serait le cas ici, si l'on exigeait la purge des hypothèques légales dont le coût absorberait la somme à distribuer ? Il faut donc admettre que sur ce point spécial, la cession de mitoyenneté emporte purge de plein droit.

Le dernier argument de la doctrine opposée à la nôtre consiste à dire : En principe les créanciers hypothécaires ne sont pas contraints de subir les hypothèques ou de respecter les servitudes constituées postérieurement à leur hypothèque, mais en matière de mitoyenneté le principe n'a plus à s'appliquer car en acceptant une hypothèque sur le terrain soumis à la cession du mur, le créancier n'ignorait pas qu'à un moment quelconque la servitude serait mise en œuvre. Par conséquent son droit n'a pris naissance qu'en connaissance de cause, et déduction faite de la moitié mitoyenne qui devait être cédée un jour ou l'autre, et il ne peut pas prétendre aujourd'hui toucher le prix d'une chose à laquelle il a renoncé par avance. Pour détruire une telle théorie, il suffit de faire

remarquer d'abord ceci : A quoi le créancier s'attendait-il ? à ce qu'un jour la cession s'opère sur la demande du voisin sans qu'il puisse prétendre y mettre opposition, parce que la moitié des murs est destinée par un texte de loi à sortir du patrimoine de leur propriétaire ; il savait que cette moitié n'y était qu'à titre provisoire et précaire ; pour parler en termes juridiques, il s'attendait à ce que son droit de suite disparût un jour ou l'autre quant à la partie mitoyenne du mur. Mais son droit de suite disparu, il reste encore un droit de préférence sur le prix à moins qu'un texte ne le lui enlève ou qu'il y ait renoncé. Or d'une part nous ne trouvons aucun texte semblable ; et d'autre part en l'absence de texte ou d'une disposition précise de la loi, peut-on dire que le créancier a tacitement renoncé à son droit de préférence ? On nous dit qu'il devait connaître la loi, que nul en France n'est censé l'ignorer et qu'on est en droit de lui opposer cette renonciation tacite. Mais comment pouvait-il au moment du contrat connaître par avance les conséquences que nous discutons aujourd'hui nous-mêmes et dont nous recherchons les effets ?

Donc en admettant qu'il y eût renonciation, elle n'était pas faite en connaissance de cause, et dans le doute il faut, croyons-nous, interpréter les choses de la façon la moins dommageable et la plus équitable pour le créancier. Qu'on diminue son gage, c'est juste, puisque la loi l'en avertissait, mais qu'on lui donne par remboursement anticipé et

à son rang d'hypothèque la somme représentative de cette portion du gage, puisqu'aucun texte ne l'avertissait d'un dépouillement sans compensation, mais qu'au contraire le droit commun lui faisait espérer l'observation des principes ordinaires en matière hypothécaire.

Pour toutes ces raisons nous maintenons notre opinion malgré les décisions contraires, malgré la décision de la 5^e chambre du Tribunal civil de la Seine qui dit que l'acquéreur du mur n'est pas fondé à demander à son cédant la main-levée des hypothèques, parce que, dit-elle, la cession de la mitoyenneté n'est pas une vente (1). Et par cela même nous allons aussi à l'encontre de la Cour de cassation qui déclare dans des termes très nets et absolus que la cession de mitoyenneté n'est pas une vente (2).

Et nous ajoutons une dernière considération d'équité à l'appui de notre système. Quand on déclare que par avance, dès avant la cession de mitoyenneté et au moment du prêt, les créanciers hypothécaires doivent renoncer entièrement à faire valoir leur droit sur la portion mitoyenne, on porte une grave atteinte au crédit du propriétaire. Pourquoi l'empêcher de parfaire et d'étendre un emprunt qu'il pourrait faire avec son terrain largement accru de valeur par ses clôtures, sous prétexte qu'une cession peut s'opérer ?

(1) *Le droit*, 19 mars 1892. — *Le droit*, 29 novembre 1885. — Sirey, 1834, 2, 95. — 1886, 2, 25.

(2) Dalloz, 1864, 1, 87.

Tout d'abord cette cession peut ne pas s'opérer si le voisin ne la demande pas, et en admettant qu'elle se réalise, où va-t-on puiser ces décisions qui se résument en ceci : La loi n'a permis au voisin de réaliser une économie de temps et d'argent qu'en restreignant dans une grave mesure le crédit du propriétaire du mur. Accepter ces conséquences, ce serait non seulement admettre une dérogation au principe de la propriété exclusive et absolue, mais, il faut le dire, reconnaître une anomalie à réformer d'urgence comme contraire aux principes de l'enrichissement injuste. Evidemment ce n'est pas ce qu'a voulu la loi.

Nous estimons donc pour toutes les raisons précédentes que les créanciers hypothécaires conservent la plénitude de leur gage originaire malgré l'aliénation partielle qui en a fait passer une fraction aux mains d'un tiers. Ils conservent leur gage total mais avec une modification, non plus avec la faculté d'expropriation puisqu'ils perdent leur droit de suite et que leur hypothèque a atteint son but conservatoire, autrement dit, leur gage se réalise dans la mesure de la cession mais, ils conservent l'intégralité de la sûreté qui leur avait été procurée la qualité qui somme toute, est le but final de l'hypothèque, c'est-à-dire un droit de préférence. Et si ce droit de préférence est méconnu, si les prescriptions de la loi en matière d'ordre et de libération ont été négligées, le nouvel acquéreur devenant responsable de ses fautes, deviendra débiteur personnel de la dette, devra délaisser ou payer, non

plus en vertu de l'ancienne hypothèque, mais à raison de sa faute. C'est donc à peu près le même résultat mais procuré au moyen de principes différents. C'est dans tous les cas, pour le créancier hypothécaire qui a été diligent, la certitude de n'être pas lésé dans ses droits.

Telles sont les bases de notre système et l'exposé de ses avantages. Mais nous l'avons noté : ce n'est pas l'opinion de la jurisprudence générale ni de la Cour de cassation qui dans son arrêt de 1864 (1) devait être fatalement entraînée dans cette déduction puisqu'elle déclare que la cession du mur en mitoyenneté n'est pas une vente.

Ce n'est pas à dire cependant que nous n'ayons aucune décision judiciaire rendue dans notre sens. Le tribunal de la Seine, lui-même, dans le courant de la même année (2), déclarait que le mur faisant partie intégrant de l'immeuble, est grevé des hypothèques qui frappent indivisément sa totalité, et que par suite le cédant ou le cessionnaire de sa créance, ne peut en poursuivre le recouvrement en dehors ou antérieurement aux créanciers hypothécaires qui y ont seuls droit.

De même encore (3) le tribunal de Lourdes en déclarant que la cession est une vente car il y a

(1) Dalloz, 1864, 1, 87. Voir aussi tribunal de la Seine, *Le Droit* 19 mars 1892.

(2) *Le Droit*, 14 juin 1892.

(3) *Le Droit*, 1898, 18 janvier. — *Gazette du Palais*, table 1898, 1.

« coacta voluntas », mais en tous cas « voluntas », ajoute que les créanciers hypothécaires dont l'hypothèque est inscrite conformément aux lois, même après la prise de possession mais avant le règlement ou le jugement, ont le droit de toucher le prix de la mitoyenneté par préférence aux créanciers chirographaires du propriétaire du mur (1).

Mais il faut le reconnaître, ces décisions sont en minorité et ne peuvent faire espérer un revirement prochain de la jurisprudence. Il faudrait pour mettre fin aux errements subis et faire nettement rentrer toute notre matière dans le droit commun, qu'un texte de loi vînt dissiper une fois pour toute les doutes qui ont surgi, ou que certains plaideurs fussent tellement pénétrés et convaincus de l'exactitude de notre système qu'ils le fissent soutenir à différentes reprises devant les tribunaux. C'est là un espoir peu fondé, car lorsqu'on entame un procès, on lutte avec les armes de la jurisprudence et des usages en vigueur, il est bien rare de voir lutter pour des principes quand un intérêt matériel et immédiat conseille la prudence du moment. Néanmoins il est utile de constater qu'en fait et assez fréquemment l'architecte de l'acquéreur, avant de payer le cédant de la mitoyenneté, tout en ignorant la jurisprudence, exige la main-levée ou tout au moins le concours à la quittance, des créanciers hypothécaires. C'est une

(1) Voir Baudry et Laurent, *Les Biens*. — Bonnet, *France judiciaire*, action en paiement du compte de mitoyenneté, 1888, 1, p. 193.

nouvelle preuve què ce que nous avons soutenu dans ce chapitre est conforme au bon sens et aux principes de droit commun.

Disons en terminant qu'au point de vue des frais la répartition sera la suivante : Conformément au droit la transcription de l'acquisition est à la charge de l'acquéreur, de même encore le certificat de non-transcription de saisie et de non-résolution de vente; — puis l'inscription d'office.

Mais qui paiera les frais de la quittance notariée ? Sera-ce le débiteur, c'est-à-dire l'acquéreur du mur, conformément aux principes ordinaires ? On peut remarquer qu'il se serait peut-être contenté d'une quittance sous seings privés ; va-t-on aggraver sa situation alors que c'est l'intervention des créanciers hypothécaires, qui a rendu nécessaire le concours du notaire ? Nous ne le croyons pas ; s'il s'agit d'une dépense occasionnée par le fait du vendeur, il doit en tenir compte au voisin en prenant ce surplus de dépense à sa charge. L'acquéreur n'en devra le coût que si ce supplément de garantie lui a permis d'obtenir un paiement par acomptes.

Notons encore un point qui pourrait être controversé. Nous avons dit que le créancier hypothécaire a le droit de toucher le prix de la portion du gage qui lui est soustraite par la cession. Mais il peut émettre une autre prétention et dire notamment à son débiteur : J'ai le droit que vous me réserviez les sommes qui vous sont accordées en échange de la mitoyenneté, il

vous incombe à présent de les consigner jusqu'au jour où ma créance sera exigible ; ou bien encore le créancier peut exiger l'indemnité qu'il avait stipulée soit pour remboursement anticipé, soit au cas où le remboursement se ferait ailleurs que chez son notaire, soit enfin dans l'hypothèse où un ordre viendrait à le priver d'intérêts depuis l'ouverture jusqu'au jour de la collocation. Ces prétentions sont-elles admissibles en notre matière ? Oui, en ce qui concerne la créance hypothécaire conditionnelle, car la condition rétroagit au jour où les sûretés étaient intactes, mais assurément non en ce qui concerne les indemnités, car, en contractant, le prêteur connaissait ou était censé connaître le texte de l'article 661, les possibilités qu'il comporte, et parmi ces possibilités : un remboursement anticipé. D'autre part, les indemnités que nous avons énoncées et qui sont stipulées dans presque tous les prêts hypothécaires, concernent sans aucune hésitation possible les cessions opérées par le débiteur hypothécaire de sa propre volonté, de son plein gré et par son fait ; or, ce n'est pas le cas ici puisque la cession lui est imposée, et qu'enfin, il n'en règle les conditions et le prix que contraint et forcé.

2° *Cessionnaires*. — C'est la deuxième catégorie des personnes qui pourraient prétendre avoir des droits sur le prix de la cession. Cette cession est valable, sans aucun doute, mais à une condition, et c'est pourquoi nous avons mentionné ce point : si la cession de la créance avait été faite avant la cession

de mitoyenneté ; ce transport quoique enregistré ne saurait être valable parce qu'il aurait fallu pour l'opérer une créance déjà établie, certaine et reposant sur un titre. Or, au moment de la cession, aucun fait n'était acquis, aucun droit de créance n'était né : donc malgré cette cession et s'il n'est rien dit lors de la vente de la mitoyenneté, c'est à son vendeur que le voisin devra payer.

3° *Les entrepreneurs*. — On aurait pu convenir que l'acquéreur de la mitoyenneté paierait directement l'entrepreneur, constructeur ou réparateur qui n'a pas encore été soldé par le propriétaire du mur. Mais, en l'absence de cette clause, on ne peut admettre la prétention que pourraient avoir les entrepreneurs sur ce point, car ils n'ont pas qualité pour donner quittance, et en l'absence d'une procuration, en l'absence aussi d'une stipulation faite pour eux, ils ne peuvent que s'en tenir au droit commun et former saisie-arrêt entre les mains du voisin.

4° *Le cédant du mur*. — L'hypothèse est la suivante. Le propriétaire du mur en cède la mitoyenneté, puis avant d'en avoir touché le prix, il vend sa propriété. Au moment de l'échéance, à qui l'acquéreur du mur mitoyen devra-t-il payer son prix. Le tribunal civil de la Seine (1) répond à la question en disant que la créance de la mitoyenneté est un droit personnel qui subsiste en la personne du créancier même

(1) *La Loi*, 4 juillet 1888.

quand celui-ci a vendu son immeuble (1). Et cela va de soi pour nous qui avons décidé que c'est une vente, donnant naissance à une créance du prix, comme contreprestation de la portion aliénée.

Mais certains auteurs ont prétendu que dans le cas qui nous occupe, le prix devait être payé non pas au propriétaire primitif avec qui avait été dressé le compte de mitoyenneté des deux maisons contiguës, mais au voisin actuel. C'est encore là une des funestes conséquences de la théorie qui prétend que la mitoyenneté est une charge réelle à la charge d'un voisin au profit de l'autre ; que par conséquent la créance ou la mitoyenneté font partie intégrante et constitutive des deux propriétés et que c'est au détenteur actuel à jouir des bénéfices attachés à sa propriété. C'est aussi une conséquence de cette étrange théorie qui dit qu'en cas de non paiement le cédant peut exiger l'abandon, parce que, dit-elle, ce délaissement n'est possible qu'au profit du détenteur actuel et non plus au précédent contractant qui aujourd'hui n'est plus propriétaire, et se trouve dépourvu de tout moyen de sanction pour recouvrer sa créance. C'est donc à lui d'avoir la prudence de la céder à son acquéreur, et d'en tenir compte pour la fixation de son prix de vente.

On peut répondre à ces auteurs en leur posant tout d'abord une question préalable : Où ont-ils vu que le titulaire de la créance de mitoyenneté pouvait, en cas

(1) Voir aussi *Le Droit*, 21 février 1894.

de non paiement, provoquer l'abandon du mur ? Quant à nous, nous ne voyons écrite cette faculté que pour les créances d'entretien et de reconstruction (art. 656). La seule sanction que nous connaissons en cas de non paiement, c'est celle qui résulte des principes généraux de la vente, c'est-à-dire l'action résolutoire. Sur ce point encore, nous restons donc dans le droit commun ; et ceci admis, nous ne voyons pas, comme on le prétend dans la théorie précédente, que le cédant soit dépouillé de toute action utile ; toujours à condition qu'il ait conservé légalement ses droits, il sera sûr d'être payé, ou, en tous cas, de recouvrer son bien. Et nous pouvons ajouter qu'il est beaucoup plus normal de voir toucher par le cédant le prix d'une prestation dont il a débattu lui-même les conditions et les circonstances et dont il a supporté pendant longtemps les inconvénients. Par conséquent, lorsqu'aucune clause n'indique qu'il y a eu cession de la créance de mitoyenneté, de plein droit le voisin primitif peut être utilement considéré comme s'étant réservé le recouvrement de sa créance. Ajoutons que nous émettons cette solution surtout au point de vue des principes, car il est évident que presque toujours en fait le cédant de la mitoyenneté transmettra sa créance avec son immeuble, parce qu'au cas de résolution de la cession du mur pour non paiement, il se retrouverait titulaire d'une moitié de mur dont il ne saurait que faire.

CHAPITRE V

Comptes à établir en cours de mitoyenneté.

Nous sommes arrivés, dans nos recherches, à donner au cédant de la mitoyenneté toutes les garanties nécessaires pour l'indemniser d'une façon équitable de l'atteinte portée à sa propriété par l'article 661. Nous avons déterminé exactement les remboursements auxquels il avait droit, les moyens de conserver et de recouvrer les créances qui lui étaient reconnus à l'amiable ou en justice. Supposons maintenant tous les paiements réglés à leur échéance et en totalité. Est-ce à dire que les deux copropriétaires du mur n'auront plus d'autres rapports entre eux, d'autres conventions à faire et d'autres comptes à régler ? Ce serait méconnaître la réalité des choses que de le supposer ainsi. Bien au contraire, les occasions à propos desquelles les deux voisins auront à s'accorder entre eux seront multiples : le mur aura besoin de réparations, et l'on aura à rechercher dans quelle proportion chacun des deux copropriétaires devra y

contribuer ; l'un des voisins voulant modifier son immeuble, devra accessoirement modifier le mur commun, le surélever, ou bien il voudra démolir sa maison, et la question se posera pour savoir s'il devra consolider le mur mitoyen, désormais fatigué ou sans soutien. Parfois aussi il y aura à constater des contraventions à l'égalité de droits que comporte la copropriété. Autant d'espèces intéressantes, parce qu'elles sont d'application courante, et parce qu'elles soulèvent de minutieuses questions d'équité, qui presque toutes aboutiront à une réparation pécuniaire, c'est-à-dire, au sens large, à un nouveau compte de mitoyenneté.

Dans une étude approfondie nous n'aurions pas à examiner dans leur détail le droit de jouissance et les obligations corrélatives que confère la mitoyenneté, mais après avoir rappelé les deux grands principes qui doivent régler l'usage du mur ; à savoir : 1° que dans l'exercice de ses droits le voisin ne peut porter aucune atteinte aux droits de son copropriétaire ; 2° que pour tous les travaux nouveaux, enfoncements, appliques ou appuis, il faut demander le consentement du voisin, nous aurions à examiner les contraventions qui peuvent être commises à leur encontre, souvent aussi les atténuations et quelquefois enfin les dérogations que la convention des parties est libre d'y apporter soit à l'amiable soit sur les bases fournies par un expert, qui déterminera également les conditions dans lesquelles l'innovation nuira le moins au copropriétaire.

Mais le plus souvent on ne peut poser que les principes dirigeants car les espèces peuvent varier à l'infini. Le voisin a pu par exemple acquérir la mitoyenneté non pas pour l'usage banal et ordinaire de clôture pour y appliquer des planches, des bancs de fer, des peintures, des treillages, ou pour surélever, mais pour y faire de gros travaux, des placards à grande ouverture, des fenêtres ; prévoyant ces travaux, il a pu par avance exiger du cédant son consentement à toutes les innovations projetées, de façon à n'avoir pas à demander successivement et incessamment les autorisations qu'exige l'art. 662, et aussi pour éviter des procès, ainsi que les retards qu'ils entraînent toujours. Dans ce cas, dans la convention de construction ou de cession l'acquéreur établira en quelque sorte à la charge du cédant une servitude *patiendi* et bien entendu le prêt de cession s'en ressentira, il sera majoré ; les dépenses d'entretien seront réglées dans une proportion toute spéciale adaptée à la fatigue qu'occasionnera au mur l'un ou l'autre voisin.

Dans une autre hypothèse, l'un des voisins a pu demander à l'autre, d'établir une gouttière sur le mur mitoyen, et compenser par une indemnité en argent la renonciation tacite que fait ainsi son copropriétaire à toute surélévation à venir ; ou bien encore il a pu, du consentement du voisin et en dérogeant au décret du 30 avril 1880, appuyer des organes de transmission contre le mur mitoyen, toujours moyennant répara-

tion pécuniaire pour le bruit et les trépidations causés.

Les espèces peuvent varier à l'infini en vertu du principe de la liberté des conventions. Aussi n'avons-nous pas à nous en occuper. En principe, une convention écrite constatera les particularités de la situation. Ici, notre tâche est uniquement de déterminer les actes qui, en l'absence de toute convention, outrepassent les droits de copropriétaires, la sanction qui les réprime, sur quelles bases peut reposer une demande de dommages-intérêts née de ces actes ou une demande en modification du compte originaire, comme aussi de rechercher à la charge de qui peuvent incomber les innovations que permet la loi.

Les créances qui naissent en cours de mitoyenneté peuvent se ranger sous 4 chefs différents :

- 1° *Indemnités pour usage abusif du mur ;*
- 2° *Dépenses d'entretien ;*
- 3° *Frais de démolition et de reconstruction ;*
- 4° *Frais d'exhaussement.*

1°. *Indemnités pour usage abusif du mur.* — Nous l'avons dit précédemment, en l'absence de convention réglant l'usage du mur, on ne doit pas nuire aux droits égaux du propriétaire ; mais il faut noter en outre que si la mitoyenneté donne le droit de se servir du mur, elle ne dispense pas d'observer les obligations qui dérivent du voisinage. Et ce sont là deux principes distincts qui devront être observés par les deux

parties. Si, par exemple, j'ai établi une écurie conformément aux règles de la mitoyenneté, si j'ai fait un *contre-mur isolé* sur lequel appuient des mangeoires et où sont scellés des crochets de telle sorte que le mur mitoyen n'ait à subir aucune humidité ni aucun ébranlement, je n'en devrai pas moins faire d'autres travaux tout à fait indépendants des principes de la mitoyenneté ; s'il est démontré que les voisins souffrent de mon installation, je devrai notamment modifier le sol de l'écurie pour amortir le bruit des sabots sur les pavés, voire même remplir de liège l'intervalle situé entre le mur et le contre-mur, de façon à ne pas empêcher la location de la maison voisine (s'il est constaté qu'aux heures où se fait le bruit cette maison est inhabitable).

La convention de mitoyenneté et les obligations du voisinage, ce sont là les deux limites exclusives qui doivent restreindre l'usage du mur mitoyen. En les observant j'ai le droit de faire de mon côté toutes sortes d'ouvrages qui me sont utiles. Je puis par exemple, descendre les fondations pour me faire deux étages de caves, et si par hasard je détourne les eaux d'un puits voisin, je n'aurai pas d'indemnité à payer si ma construction est faite conformément aux règlements. D'ailleurs si l'un des communistes a contrevenu à ses obligations ou excédé ses droits, il ne s'en suivra pas nécessairement que la destruction de ses innovations devra être imposée (1).

(1) Dalloz, 1897, 1, 268.

« L'art. 662 ne dispose pas, dit cet arrêt de cassation, que la destruction des travaux pratiqués dans le mur mitoyen par *l'un des copropriétaires* sans le consentement de l'autre ou sans expertise préalable devra toujours être ordonnée ; il s'en rapporte pour la sanction de ses dispositions à la sagesse des tribunaux sur leur destruction, leur modification ou leur maintien (1).

En conséquence les tribunaux peuvent déclarer que ces travaux n'ont ni dégradé ni compromis la solidité du mur mitoyen, ni causé aucun préjudice au copropriétaire et débouter ce dernier de ses réclamations (2) ; en l'absence de règlements ou d'usages locaux il faut en revenir aux principes généraux qui consacrent le droit absolu du propriétaire (3).

Avant de déclarer tel usage abusif, il faut aussi avoir soin de bien examiner l'espèce proposée et l'état des lieux litigieux. Supposons qu'un père de famille vende deux terrains, séparés par un mur mitoyen. En vendant le premier il a autorisé l'acquéreur à encastrier des tuyaux dans le mur, mais à charge de laisser une épaisseur suffisante de façon à ce que le 2^e acquéreur puisse en faire le même usage. En vendant le second terrain il a omis de déclarer cette sorte de servitude au second acquéreur. Ce nou-

(1) Même sens : S. 1877, 1, 149. — 1897, 1, 276.

(2) Contrà : Laurent, *Principe de droit civil franç.*, t. VIII, n° 27.

(3) V. Dalloz. 1899, 1, 279.

veau propriétaire sera-t-il fondé à dire que l'usage du voisin est abusif et constitue une violation des droits égaux que comporte la copropriété? Nous ne le croyons pas, car si la convention qui avait autorisé cet usage est : *res inter alios acta* vis-à-vis du nouvel acquéreur et ne lui est pas opposable, il doit néanmoins subir cette diminution de jouissance, car quand le père de famille a établi cette servitude par destination, ce n'est pas tel ou tel propriétaire du fonds servant qu'il a voulu grever, mais l'immeuble lui-même. Le nouvel acquéreur n'aura donc qu'un recours contre son vendeur pour non déclaration, mais vis-à-vis du voisin il ne pourra demander ni la cessation de l'usage qu'il prétend indu, ni le paiement d'une indemnité. Ajoutons aussi que l'acquéreur a dû examiner les lieux avant de signer le contrat de vente, que le plus souvent les incorporations de tuyaux sont apparentes, et que de ce chef encore, une fin de non recevoir est opposable à ses prétentions contre le voisin.

Enfin, plus que partout ailleurs, il faut, en appliquant les deux principes que nous avons posés user d'équité et de bon sens et raisonner aussi en tenant compte des nécessités de la pratique.

Prenons un cas qui se présente à tout instant : aux termes de l'art. 678 du Code civil les vues droites doivent être éloignées à 1 m. 90 de l'héritage voisin. Le propriétaire des vues, en les construisant a effectivement observé cette distance mais en y comprenant

l'épaisseur de son mur de clôture dont il était propriétaire exclusif. Que va-t-il se passer quant il aura cédé la mitoyenneté de ce mur? Cette cession va déplacer la limite de sa propriété, et par conséquent ses vues ne seront plus à la distance exigée par la loi : va-t-il être contraint de les supprimer ? Il faudrait le décider ainsi si l'on interprétait à la lettre l'art. 678. Mais d'une part il est certain que l'acquéreur de la mitoyenneté ne subira pas un préjudice plus grand qu'auparavant par le déplacement de la distance légale, et l'on peut dire : pas d'intérêt pas d'action ; d'autre part cette situation était une des conséquences nécessaires et visibles de l'acquisition de la mitoyenneté ; l'acquéreur a dû la prévoir, et il y a eu de sa part consentement tacite à acquérir la copropriété du mur avec toutes ses conséquences. Enfin la solution que nous donnons paraît nécessaire si l'on songe que personne n'oserait bâtir si toutes les constructions étaient fatalement provisoires et soumises à l'éventualité que nous signalons.

2° *Dépenses d'entretien.* — L'état de mitoyenneté étant une copropriété, les réparations du mur devront être supportées par chacun des voisins proportionnellement à leurs droits (Pardessus, t. 1, n° 166) s'il est démontré que la détérioration provient de vétusté ou de cas fortuits, et cela même quand le mur a été reconstruit en cours de mitoyenneté (1). Et par dépenses d'entretien il faut entendre tous les débours

(1) *Gaz. du Palais*, 1892, 1, 404. — Sirey, 1865, 1, 133. — 1879,

nécessités pour conserver l'ancien mur quels qu'ils soient. C'est ainsi que la Cour de Paris (21 mai 1893) a déclaré que le bouchement des placards, nécessité pour que le mur dure encore, doit être supporté à frais communs.

Au contraire, dans les cas où les réparations auront été nécessitées par le fait d'un des voisins qui, notamment, a reconstruit ou démoli son bâtiment, ou par sa faute s'il a, par exemple, froissé le mur en passant avec sa charrette, les frais d'entretien ou de réparations occasionnés de ce chef, seront à sa charge exclusive.

On peut donc prévoir, au sujet des dépenses d'entretien, trois séries de difficultés.

Et d'abord l'un des voisins pourra contester que le mur ait un *besoin immédiat* de réparations. Une expertise pourra mettre fin au différend, ou, en tous cas, un état de lieux contradictoire (1), en tenant compte des besoins auxquels le mur doit satisfaire, des lieux où il est construit et des circonstances qui exigent son bon état d'aménagement.

Il pourra arriver aussi que l'un des deux voisins conteste *l'origine des dégâts*, et sur ce point encore, un expert devra rechercher du fait de qui ils proviennent et à qui incombent les travaux de réfection.

Enfin il y aura encore des difficultés au cas où l'un

2, 137. — 1876, 1, 229. — Masselin, *Traité des murs mitoyens*, n° 44, 46. 52. — Dalloz, 1866, 2, 88. — 1872, 2, 84; 1, 106. — 1876, 2, 1, et 5. Voir cependant *Contrà* : Dalloz, 1872, 2, 85.

(1) Sirey, 1857, 2, 376.

des copropriétaires a *exhaussé* le mur mitoyen. Ce cas rentre, à vrai dire, dans les réparations occasionnées par le fait d'un des voisins, mais il mérite une mention particulière à raison de son importance et de sa fréquence.

Il s'agit, dans ces circonstances, de déterminer la quote part des dépenses d'entretien non pas de la partie exhausmée qui, restant propriété exclusive est à la charge du constructeur, mais du mur primitif lui-même, puisque par le fait de la surcharge qu'on lui fait supporter, il aura besoin de réparation plus fréquentes et plus solides. Nous renvoyons sur ce point au paragraphe de l'exhaussement où nous aurons à examiner soit l'indemnité de surcharge, et les cas où elle est due, soit le règlement des quotes parts de réparation et les bases qui peuvent servir à les déterminer.

— Quant à la question de savoir si chacun doit contribuer exclusivement aux réparations qui sont nécessaires de son côté, nous estimons que c'est en effet le système qu'à voulu accepter l'article 655, car chacun profite exclusivement de son côté et, en tous cas, il y a présomption que les dégradations de ce côté ont été occasionnées par celui qui s'y trouve, sauf à ce voisin à fournir la preuve contraire (1).

Notons, avant de clore ces rapides mentions sur les dépenses d'entretien, une particularité de la loi en matière de mitoyenneté.

Ordinairement quand un texte impose l'obligation de payer une somme d'argent elle n'admet que deux

(1) En ce sens : Grenoble, 20, 7, 22.

modes de libération : le paiement de ce qui est dû ou la forcemajeure y faisant obstacle. Par exception, et en notre matière, l'art. 667 du Code civil admet un 3^e mode de libération : l'abandon de la chose à l'occasion de laquelle est née l'obligation. Et c'est cette faculté qui a fait dire que l'action d'un voisin contre l'autre en réparation du mur est une action réelle (1). Nous estimons, quant à nous, qu'à raison de ce texte on doit dire, non pas que les créances d'entretien sont des créances réelles, mais qu'elles sont garanties par la loi et de plein droit, au moyen d'une sûreté réelle : le mur lui-même. C'est une sorte de gage tacite quant à l'objet pour lequel les débours ont été faits.

L'étude complète de la matière conduirait à préciser : 1^o quand cet abandon est possible ; 2^o quelle est la situation juridique du mur abandonné et du voisin qui reste propriétaire. Dans les deux chapitres des questions intéressantes peuvent s'élever sur la portion à abandonner, sur les restrictions que la loi apporte à la faculté d'abandon dans les villes sur la répartition des dépenses occasionnées par la situation nouvelle. Mais nous renvoyons sur tous ces points à la doctrine et à la jurisprudence, dont l'étude, à cette place, s'écarterait trop de notre sujet.

3^o Frais de démolition et de reconstruction du mur mitoyen. — De deux choses l'une, ou bien cette démolition est nécessitée par le mauvais état du mur

(1) *Le Droit*, 30 juillet 1890. Tribunal civil de la Seine. — Tribunal de paix de Lille. *Pandectes françaises*, 1895, 2, 39.

ou bien elle est demandée par le voisin pour son utilité personnelle ; ce sont deux cas que nous avons à distinguer soigneusement pour savoir à qui incombent les débours occasionnés par les travaux ; et dans chacun de ces cas nous aurons deux questions à nous poser : 1^o qui doit payer les frais d'agencement immédiat ; 2^o dans quelle proportion doivent être répartis les frais à venir d'entretien.

1) *La démolition est devenue nécessaire à cause de l'état de délabrement du mur.* — Il est presque inutile de dire, tellement cela va de soi, qu'en cas de désaccord, les deux voisins auront tout d'abord à faire constater par expert l'insuffisance actuelle du mur, et à faire déterminer aussi l'origine et la cause de sa ruine. Notons à cet égard, que la preuve par témoins n'est pas admise (1). S'il est démontré qu'elle est due à la faute d'un des voisins, par exemple à des infiltrations de fosses, à des dépôts qui ont hâté le dépérissement du mur, qui l'ont fatigué ou qui en ont corrompu les matériaux, ce sera naturellement à lui à reconstruire ou tout au moins à consolider ; si le délabrement est survenu par vice de construction il sera possible, en ce qui concerne le terrain et les constructions, d'actionner l'architecte en responsabilité (dans les 10 années qui suivent le procès-verbal de réception des travaux, ou la 1^{re} visite d'expert sur acte judiciaire, si l'architecte est de bonne foi ; pendant 30 ans s'il est de mauvaise foi) ; et les dommages inté-

(1) Cour de Bourges, 1814, 1, 34.

rêts obtenus seront répartis entre les deux copropriétaires conformément à leurs droits. S'il y a prescription de cette action, le propriétaire qui primitivement a fait construire à ses frais, peut-il être considéré comme seul responsable, en faute d'avoir mal choisi son architecte, et par conséquent obligé de reconstruire le mur à ses propres frais ? Est-il soumis en quelque sorte à une présomption de faute, à la garantie des vices cachés de ce qu'il a cédé, ou bien ne peut-il pas prétendre que le voisin est mal fondé dans son action de garantie, qu'il a acheté le mur tel qu'il était, qu'il aurait pu en faire expertiser la valeur, pour ne le payer qu'en tenant compte de ses imperfections ; qu'au cas contraire, il doit supporter aujourd'hui les conséquences de sa négligence.

Nous estimons, quant à nous, que si dans le contrat de cession le propriétaire n'a pas fait toutes réserves sur les malfaçons possibles, il doit réparer à ses frais les défauts graves qui se révèlent en cours de mitoyenneté et qui rendent le mur impropre à son usage ; il est vendeur, il doit la garantie.

Quand la réfection est reconnue nécessaire, et en mettant à part toutes les particularités d'espèce qui peuvent se présenter, comment va-t-on procéder à la démolition commune et quels sont les débours qui pourrons figurer au compte de chacun des deux voisins en admettant qu'ils sont d'accord pour se clore à nouveau ? La question se pose en premier lieu pour les

constats qui ont précédé. Si l'un des voisins a résisté indûment aux offres de démolition alors que le mauvais état du mur était manifeste, même comme mur de clôture, il supportera seul les frais des étalements provisoires, du référé et de l'expertise qu'il a nécessités par son attitude processive. Le demandeur justifiera de ses mises en demeure soit par des actes judiciaires, soit par les copies des lettres qu'il adressait à son copropriétaire en attirant son attention sur leur sûreté réciproque, sur les défauts du mur bouclé en différents endroits, déversé au delà de la moitié de son épaisseur, ou tassé par suite des mouvements de terrain, voir même sur les dégâts occasionnés chez lui par la chute de moellons.

D'autre part si dans son rapport, l'expert estime que certains écroulements du mur, ou le déversement de sa partie supérieure ont été causés par l'un des voisins, c'est ce dernier qui devra payer l'expertise elle-même, car elle a été rendue nécessaire par son fait.

Pour le reste du compte et en laissant de côté ces deux cas particuliers, si le mur est tombé par vétusté, les frais de démolition et de reconstruction seront partagés par moitié pour chaque surface mitoyenne (1). La situation est donc très nette et il n'y aura lieu de mettre à part que les frais faits pour le compte exclusif d'un voisin (2). De même encore pour certains travaux à

(1) Cour de Paris, 4 décembre 1872.

(2) Etalements, contre murs, clôture provisoire, reconstructions de planchers et raccords, Dalloz 1876, 2, 6. — Dalloz 1877, 2, 7).

vrai dire très onéreux pour un propriétaire, mais qui sont une conséquence nécessaire de sa situation personnelle, par exemple, dans le cas suivant : des voûtes de caves ont été construites dans la maison voisine et avec mon autorisation, on a établi leurs retombées sur le mur mitoyen. En autorisant ces travaux contraires aux règlements, mais supportables entre bons voisins, je n'ai pas eu l'idée de m'imposer une certaine servitude et de renoncer pour l'avenir à la remise en état du mur mitoyen ; un jour, je demande sa démolition pour cause de vétusté, je n'aurai pas à tenir compte au voisin du dommage que lui cause la reconstruction de ses voûtes ; ce dommage est le résultat fatal de l'exercice du droit individuel et réciproque de chacun des deux communistes et « nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur ».

2) *La reconstruction du mur est faite dans l'intérêt exclusif d'un des voisins*, car pour l'autre, l'état du mur suffit largement à l'usage qu'il veut en faire. C'est par son fait qu'il occasionne des frais supplémentaires, c'est dans son intérêt qu'il procède à la destruction de l'état actuel des choses, c'est parce qu'il veut user du mur non pas seulement comme clôture mais aussi comme appui, qu'il en demande la reconstruction ; rationnellement c'est donc à lui que doit incomber le paiement de tous les travaux. Un état des lieux sera dressé pour constater les dispositions actuelles du mur, de façon à le rétablir plus tard comme il été auparavant. C'est au voisin innovateur

qu'incombe ce premier soin et les débours qu'il va nécessiter (1).

Pour déterminer les autres dépenses dont le paiement lui incombe, suivons maintenant le cours des travaux. En prévenant le voisin en temps utile comme il doit le faire (2), celui qui veut démolir et reconstruire plus solidement est-il obligé de prouver l'utilité qu'il a à y procéder ? Certains auteurs ont prétendu lui imposer cette preuve en disant avec les Latins : « *Malitiis non est indulgendum* », mais la Cour de cassation n'admet pas cette exigence (3), et cela se conçoit puisque non seulement le constructeur ne fait qu'user de son droit mais qu'en outre il s'impose des dépenses considérables et il est à présumer qu'il a grand intérêt à les faire. Supposons donc les avis donnés et l'époque de la démolition fixée d'accord ou par le tribunal, mais toujours par écrit et de telle façon que le voisin ou ses locataires ait le temps de dégarnir la muraille qui doit disparaître et de protéger chez eux les objets qui seraient susceptibles d'être détériorés. Le constructeur est tenu d'agir de la façon la moins dommageable, avec célérité, cela va sans dire (4), et notamment il ne pourrait pas subordonner la construction du mur au degré d'avancement de son bâtiment entier ; il doit commencer par élever ce mur exclusivement.

(1) Paris, 15 déc. 1884. — *La loi*, 30 mai 1885.

(2) MASSELIN. — *Jurisprudence sur les murs mitoyens*, p. 63.

(3) Julliard, *Thèse*, année 1896, t. xvi, p. 72.

(4) Cour de Paris, 25 nov. 1869.

Est-ce à dire qu'il doit y faire travailler jour et nuit?

Nous ne le croyons pas, car ce que dictent les principes d'équité, c'est une façon de procéder hâtive mais normale. Or les travaux de nuit occasionnent un excès de dépenses considérables. Il en serait de même si la construction du mur devait se faire sans user des planchers ou de l'appui du bâtiment voisin. Ce serait évidemment l'intérêt des locataires voisins, mais en matière de mitoyenneté leur trouble de jouissance n'entre pas à considération a fortiori dans notre cas.

En outre de cette célérité, le reconstruteur ne doit pas oublier les principes de la mitoyenneté : en effet, par son fait, il va mettre à découvert la maison voisine, non seulement il ne peut pas cependant la laisser exposée à tous les vents pendant toute la durée des travaux ; mais il y a plus, il doit remplacer autant qu'il le peut les avantages que le voisin aurait pu tirer du mur mitoyen en copropriété. Par conséquent il devra non seulement procéder aux étalements rendus nécessaires par la disparition du mur, mais encore établir à chaque étage une clôture provisoire maintenue elle aussi par des étais extérieurs et qui sera destinée à jouer le rôle de l'ancien mur dont le voisin est momentanément privé, et il devra dresser cette clôture en empiétant le moins possible sur la surface des locaux voisins (1).

(1) Cour de Paris, 31 déc. 1868, 24 déc. 1869, 22 février 1872. — Dalloz, 1876, 2, 3. — *L'Architecture*, 1895, p. 375 et 387. Note de M. Lalanne, expert.

Il devra même la construire en carreaux de plâtre et non en bois si le voisin l'exige, et si sa profession, son mode de vie ou la saison le comportent; il devra le rétablissement immédiat des anciennes cheminées et fourneaux, sauf à les réinstaller d'une façon provisoire. Si dans les caves il juge utile de reprendre en sous œuvre les fondations ou de les élargir, il devra établir des cintrages en charpentes; souvent aussi il y aura lieu de vider les fosses d'aisances du voisin et de les remplacer momentanément par un service mobile de tinettes, toujours aux frais du constructeur, afin de ne pas gêner le copropriétaire du mur dans l'exercice de ses droits exclusifs et pour atténuer la diminution de jouissance qu'on lui impose en démolissant le mur mitoyen. Toutefois il faut avoir bien soin de faire une distinction sur ce point. Ce que doit celui qui démolit ce sont tous les frais qu'il occasionne directement, ceux qui sont relatifs aux atteintes que son devis a prévus, ou que sa négligence et sa faute ont occasionnés, mais si le voisin avait lui-même commis une imprudence, si, sans tenir compte de l'éventualité d'une démolition il avait disposé un contre mur le long de la clôture mitoyenne, il devrait payer de ses deniers le relèvement de ce contre mur tombé parce qu'il n'avait pas d'assiette indépendante, de même dans l'exemple que nous avons cité précédemment où des retombées de caves appuyaient sur le mur mitoyen, ce serait aller à l'encontre de l'équité si l'on voulait empirer la situation d'un copropriétaire

parce qu'il a fait preuve de bonne entente, en autorisant des travaux auxquels il pouvait se refuser. De même encore si le voisin qui subit aujourd'hui la démolition a vu s'écrouler une salle de café concert de construction légère et primitivement adossée au mur mitoyen. On ne pourrait même pas exiger du constructeur l'étalement provisoire de ces constructions mal assises ou contraires aux règlements. Il y a faute révélée du voisin, tant pis pour lui; il n'éprouve pas de préjudice au sens juridique du mot, lui donnant droit à une réparation. Il devra donc faire à sa charge les étalements, les reconstructions, peintures et raccords.

En ce qui concerne la reconstruction proprement dite du mur, les principes sont certains. Le coût du mur lui-même, son excédent d'épaisseur pris entièrement du côté de l'innovateur (1), les aménagements imposés par les règlements tels que les jambes étrières et les jambes boutisses; enfin même les gros raccords et travaux d'appropriation intérieurs ordinaires qui remettent le voisin dans la situation où il était précédemment, toutes ces dépenses sont à la charge du constructeur.

Là où ces principes sont bien nets et bien évidents, c'est quand : d'une part l'intérêt exclusif d'un seul des communistes en vue de la reconstruction est bien démontré, et d'autre part quand, en outre, il est prouvé que le mur suffisait largement à sa destination

(1) *Gazette du Palais*, 1895, 1, 598; 1884, 2, 145, supplém.

actuelle. Mais il est bien rare en pratique de rencontrer des cas aussi absolus. Bien souvent le mur s'il n'est pas entièrement délabré sera en mauvais état; il est par exemple composé de plâtras ou de mauvais moellons qui s'écrasent, pourtant il n'est pas caduc dans son entier; ou bien quoique crevassé, bouclé ou hors d'aplomb en certains endroits il peut encore rester debout pendant plusieurs années à condition qu'on n'y fasse aucun appui, et la seule induction qu'on puisse faire de cet état c'est que le mur est suffisant pour l'un des voisins et insuffisant pour l'autre (1). Autrement dit le mur quoique défectueux n'offre pas un péril immédiat et ne nécessite pas une reconstruction actuelle. Cependant si l'un des voisins a intérêt à procéder de suite à cette reconstruction, on peut se demander s'il est bien équitable de lui en laisser toutes les dépenses à sa charge, alors qu'on réalité il ne fait que devancer de quelques années des travaux qui s'imposeraient fatalement à bref délai. Ne peut-on pas prétendre que le voisin qui ne demande pas actuellement la reconstruction, devra néanmoins *contribuer pour une part quelconque aux frais de relèvement qu'il aurait eu à faire dans un ou deux ans*? Cette question est soulevée par la plupart des communistes mitoyens et elle nécessite un examen sérieux.

Jusqu'en 1872 la jurisprudence estimait qu'il était équitable de répartir à la charge des deux voisins les

(1) Voir Cour de Paris, 8 août 1873, 24 déc. 1869; 14 février 1868.

frais de construction du mur délabré, même si après le plumage des vieux enduits, après des sondages à différents endroits, et un relevé sur damier des points hors d'aplomb et des lézardes, il était constaté que le mur n'offrait encore aucun danger pour la sécurité publique ; si les contre murs des fosses d'aisance eux-mêmes étaient encore en bon état, autrement dit, dans tous les cas où le mur était encore suffisant pour son usage actuel (1), et alors même que le voisin n'avait pas d'intérêt immédiat ou imminent à le reconstruire, les tribunaux raisonnaient ainsi (2), la plus forte partie des dépenses de reconstruction doit incontestablement être supportée par l'innovateur puisque c'est par son fait et pour ses besoins qu'il refait le mur ; mais une partie doit en être payée par le voisin (généralement c'était le quart des travaux de maçonnerie, et la moitié des raccords) parce qu'il faut en équité tenir compte de ce fait qu'au lieu d'un mur défectueux et manquant d'aplomb il aura un mur consolidé et de plus longue durée ; c'est de toute justice puisqu'il aurait été obligé dans quelques années de faire tous ces travaux à frais communs (3). Cette jurisprudence qui, par les raisons qu'elle invoquait, a prévalu pendant un certain temps, s'est brusquement modifiée dans le courant de 1872. En effet un arrêt

(1) Cour de Paris, 9 mars 1869.

(2) Tribunal civil et Cour de Paris, 30 décembre 1864, 5 février 1868, Dalloz 1868, 2, 67, 8 mai 1868, Sirey 1868, 2, 338.

(3) Voir cependant en sens contraire : Orléans, 22 mai 1866. Dalloz, 1866, 2, 88. — Rouen, 31 mai 1867. — Paris, 11 mars 1867).

de la Cour de cassation du 18 mars 1872 est venu y mettre fin (1), et cet arrêt se renferme strictement dans les termes des articles 655 et 659 du Code civil.

D'une part il dit que la reconstruction pour cause de vétusté et de ruine, doit se faire à frais communs ; et d'autre part : que la reconstruction dans l'intérêt exclusif d'un voisin, doit se faire à ses frais ; car rien dans l'art. 659 ne permet d'y introduire des considérations d'équité. Et sans s'arrêter à l'argumentation habile de son avocat général qui considérerait l'exonération du voisin comme une atteinte aux droits égaux et réciproques en mitoyenneté, la Cour de cassation a cassé le jugement et l'arrêt qui avaient été rendus contrairement à sa décision, et elle a déclaré que le voisin n'était pas obligé de contribuer aux débours.

C'est une jurisprudence nouvelle et qui peut donner lieu à des critiques graves. De prime abord elle heurte le sentiment d'équité. Voyons cependant si la cour suprême n'a pas invoqué d'autres principes, supérieurs à celui que nous invoquions précédemment et qui puissent justifier sa décision. La solution est très nette. Si le mur ancien est estimé suffisant pour le voisin il n'aura à contribuer à aucune des dépenses de démolition et de reconstruction. Quand pourra-t-on dire que le mur est suffisant ? C'est quand le voi-

(1) Voir MASSELIN, p. 101.

sin non constructeur n'a pas d'intérêt immédiat ou imminent à la reconstruction (1).

D'où l'on peut conclure que si par exception le voisin tire un profit direct des constructions nouvelles, si par exemple on lui fait des piles pour porter ses poutres, il devra le remboursement des travaux afférents à cette partie du mur. — De même si le mur était tellement mauvais que sa chute était imminente. Dans ce cas les arrêts précédents disent que le reconstruteur aura droit au remboursement partiel de ses dépenses (2).

Dans tous les autres cas : si la chute du mur ne menace pas de se réaliser dans quelques jours, même si le mur voisin est crevassé, et lézardé, même si le voisin doit indirectement tirer profit des constructions nouvelles malgré celà, il n'aura pas à en payer une portion (3).

Et pourquoi cela ? Après l'examen de la situation et la réflexion aidant, on peut analyser ainsi le cas dont nous nous occupons. Si l'un des voisins veut appuyer une construction sur un mur de clôture, et qu'il soit à craindre que ce mur soit insuffisant, il est

(1) Cour de Paris, 7 février 1872 ; 22 février 1872. — Sirey Deville, 1872, 1, 213. — Dalloz, 1873, 2, 48.

(2) Cour de Paris, 26 novembre 1866 ; où le voisin doit payer un 1/3 des travaux. — 8 mai 1868 où le voisin doit payer un 1/3 — Sirey. 1868, 2, 338. Voir également dans Masselin p. 116, d'autres jugements intéressants sur ce point.

(3) Cassation 1872, 8 avril 1873. Dalloz, 1874, 1, 480. — Cour de Paris, 7 février 1872. Dalloz, 1872, 2, 34.

d'ordre public de lui permettre de le reconstruire, afin d'éviter pour l'avenir des accidents graves. C'était un premier principe à poser ; la loi l'a fait dans l'article 659. Restait à régler le mode de ventilation des dépenses ; à la charge de qui seraient elles mises ?

La Cour de cassation a envisagé au moment de la reconstruction la situation des deux voisins, et elle a dit : « Le constructeur supportera seul les frais, parce que c'est de son côté que vient l'initiative de la construction, parce que c'est lui que a choisi son moment pour la proposer ; c'est donc qu'il a en sa possession les fonds suffisants pour y faire face, c'est enfin parce que d'une part il s'est arrangé de façon à congédier ses locataires pour ce moment là, et parce que d'autre part il a calculé pour l'époque actuelle l'avantage qu'il pourrait retirer d'une reconstruction. En est-il de même du voisin ? Pas du tout. Non seulement le mur neuf peut être pour lui d'un avantage stérile, mais même en admettant qu'il en tire un profit lointain, ce profit lui est peut-être procuré à contre temps, de telle sorte que l'obliger actuellement à des frais ce serait lui ôter ses ressources pécuniaires. » Le but de la jurisprudence que nous venons d'analyser est donc d'exclure toute idée de caprice, chez les constructeurs, de mettre une digue contre les propriétaires hasardeux qui voudraient menacer le voisin par la prétendue nécessité d'une reconstruction et lui occasionner des dépenses fâcheuses, peut être même désastreuses. Et l'on est

amené à dire que la Cour de cassation n'a pas méconnu l'équité, mais qu'au contraire elle a fait appel non pas au principe qui s'oppose à ce qu'on jouisse gratuitement du bien d'autrui, mais à un principe plus élevé et plus général qui veut qu'on ne cause pas intentionnellement et par caprice la ruine d'un voisin.

Enfin nous devons à l'appui de cette opinion fournir un argument que nous estimons concluant ; avec quelle situation juridique peut-on comparer celle du voisin qui laisse le reconstruteur procéder seul à l'établissement du nouveau mur ? Ne peut-on pas dire qu'il y a de la part du voisin une sorte d'abandon de la mitoyenneté ancienne, mais sous la condition tacite qu'on le remettra incessamment dans les mêmes conditions de clôture et d'abri que celles qui existaient précédemment à son profit. De telle sorte que le mur ancien étant abandonné, c'est fatalement au reconstruteur à le démolir et à ses frais ; et quand cette démolition est opérée il doit réaliser lui-même et aussi à ses frais la condition à laquelle a été consenti l'abandon, c'est-à-dire procéder lui-même et de ses deniers à la construction du nouveau mur qui doit replacer le voisin dans l'état de copropriété mitoyenne où il était avant.

Ceci posé, la discussion n'est pas encore close. Au début de ce paragraphe sur la reconstruction nous avons dit qu'il y avait lieu de distinguer d'une part les débours immédiats nécessités par le nouvel état de choses, et d'autre part la répartition à venir des

frais d'entretien. Cette dernière question se pose particulièrement au cas où le mur démoli pour l'utilité exclusive d'un voisin était néanmoins en mauvais état. Sur ce point une doctrine particulière raisonne à peu près ainsi. Le voisin ne peut pas être contraint de contribuer à la reconstruction du mur, c'est exact et conforme aux principes juridiques et aux principes d'équité ; mais pour ne pas favoriser l'enrichissement injuste, il faudra tenir compte au voisin de ce qu'à la place d'un mur délabré dont les réparations auraient été nécessaires à une époque prochaine et seraient devenues fréquentes, il a désormais un mur en bon état, peut-être un mur plus solide et plus épais que l'ancien et qui, en tous cas, se dégradera moins.

Dès lors le constructeur n'est-il pas en droit d'exiger une répartition toute autre des anciennes dépenses d'entretien et notamment une augmentation de ces dépenses. Les articles 655 et 659 sont muets sur la question (1) ; et par des considérations d'équité la jurisprudence tendait à répartir des deux côtés les frais de reconstruction. Mais depuis le revirement de 1872, les tribunaux décident que la situation du voisin ne peut pas être aggravée en ce qui concerne le mur, et toujours pour les mêmes raisons. (2)

Mais, notons-le bien, nous disons que la situation

(1) Voir Masselin, p. 407, *Architecture*, 1890, page 520.

(2) Dalloz, 1872, 4, 406, Cour de cassation ; 1876, 2, 1 ; 1879, 2, 21 ; 1880, 2, 17 ; 1895, 2, 239.

ne peut pas être *aggravée* ; elle peut donc rester la même qu'autrefois et nous estimons que c'est précisément de cette façon-là que le reconstruteur recouvrera une part des frais que lui aura coûtés le remplacement du mur.

Malgré l'établissement d'un nouveau mur en bon état le voisin devra verser entre les mains de son copropriétaire une somme égale à celle qu'il dépensait autrefois pour sa réparation, et cela aux mêmes époques qu'auparavant et dans les mêmes proportions sans tenir compte des matériaux nouveaux de la construction récente, ou de sa plus grande hauteur (1).

Tels sont les principes que nous estimons équitables en la matière, bien entendu tant que le voisin ne change pas l'usage auquel il avait consacré l'ancien mur, car au cas contraire si, par exemple, il veut s'en servir comme appui et non comme clôture, il devra payer la moitié de la valeur actuelle du nouveau mur, conformément aux principes généraux (2).

Il nous reste à voir une question qui a rapport aussi à la reconstruction du mur mitoyen, qui concerne les dépenses faites à cette occasion, mais non plus les dépenses se rattachant directement au mur ; nous avons dit, précédemment, que dans ses travaux le reconstruteur devait se hâter, procéder de la façon la moins dommageable, et réparer tout préjudice qu'il occasionne par sa faute. Ce principe provoque

(1) Voir *thèse* de M. Julliard, p. 143.

(2) Julliard, p. 127.

de graves controverses dans quelques-unes de ses applications.

Parmi les troubles qu'occasionne le reconstruteur figure surtout *le trouble de jouissance occasionné aux locataires du voisin*. Que faudra-t-il décider, si le voisin demande au reconstruteur une indemnité pour le rembourser de ce qu'il a perdu par son fait, soit qu'il ait dû diminuer ses loyers pour trouble de jouissance, soit qu'il ait dû accepter des congés pour la même cause ? Nous supposons, d'une part, que le reconstruteur n'a commis ni faute, ni aucune négligence dans les travaux, et, d'autre part, que la reconstruction du mur, même hâtée, a duré plus de 40 jours, délai légal pendant lequel les locataires doivent supporter les gros travaux (art. 1724 du Code civil).

Si, quoiqu'il se soit passé 40 jours, il est démontré que les constructions ont été faites avec diligence et que leur durée excessive n'est due qu'à la nature et à l'importance des travaux, le reconstruteur n'aura à notre avis aucun remboursement à faire au propriétaire voisin. Ce dernier a subi un préjudice sous forme de versement immédiat ou de réduction de loyers peu importe, c'est une conséquence de sa situation, il doit la supporter seul, et cela même au cas où le mur originaire était suffisant pour son usage, parce que le démolisseur ne fait qu'user de son droit et *neminem lædit qui suo jure utitur*.

Quand on use de son droit (658 et 659 du Code

civil) on ne commet pas la voie de fait de l'art. 1725. C'est donc seulement quand on outrepassé son droit normal, par exemple, si l'on ralentit les travaux, qu'on peut être passible de dommages-intérêts de ce chef (1).

Parconséquent le propriétaire seul devra (art. 1719 du Code civil) indemniser ses locataires de tous les préjudices qui sont à l'égard du constructeur des cas de force majeure tels qu'ils devaient se produire même dans les circonstances les plus favorables pour l'exercice du droit de reconstruction. Il leur devra compte des troubles et des privations de jouissance (2).

Notamment à cause de la gêne et de l'embarras que lui a causé la reconstruction en l'obligeant à déménager certaines pièces de son appartement, soit par suite du froid, de l'humidité, du bruit, de poussières ou de l'absence du jour obstrué par les étais; il devra procéder également chez lui aux travaux de raccord et d'appropriation exceptionnels, sculptures et peintures, mais que son locataire est en droit d'exiger aux termes du bail (3). Une seule limite est apportée à la responsabilité du propriétaire en matière de travaux mitoyens. Il n'a pas à rembourser à ses locataires le

(1) En ce sens: Recueil d'Aix, 1888, 2, 313; 1889, 1, 33. — Dalloz, 1880, 2, 17; 1872, 2, 84. 1868, 2, 37. — Sirey, 1865, 2, 113; 1864, 2, 73; 1848, 2, 444; 1814, 2, 88. — *Thèse* Julliard, p. 117.

(2) Paris, 24 déc. 1869; 24 nov. 1866; Paris, 7 fév. 1872; Dalloz, 1872, 2, 84.

(3) V. Dalloz, 1876, 2 (2, 3, 4 et 9.)

préjudice commercial qu'ils ont pu subir, par exemple (diminution de clientèle par suite des travaux, ou par suite des étais et contrefiches qui, superposés et moisés jusqu'au deuxième étage masquent complètement la boutique aux passants).

Supposons au contraire que le préjudice subi par le propriétaire voisin et par ses locataires soit la conséquence directe et certaine des agissements du reconstruteur.

Certains cas comportent une solution évidente. Si par son fait il a détruit l'état primitif des lieux il doit les rendre dans le même état dès la fin des travaux, dans le même état par conséquent en utilisant les anciens aménagements si leur déplacement ne les a pas détériorés, en employant au contraire des matériaux nouveaux si les anciens ne sont plus utilisables sauf dans le règlement à tenir compte de ce que les anciens objets (tasseaux, chaperons ou cheminées) étaient déjà fort endommagés ou complètement usés (2). S'il a commis des dégradations en faisant des trous, en scellant des poutres, en brisant le vitrail d'une serre et en cassant les plantes exotiques qui y étaient contenues, il doit réparation de tous ces dommages, qui outrepassent ses droits de copropriétaire mitoyen. Enfin si par sa faute et par ses lenteurs, il a augmenté le dommage des voisins, et accru leur trouble le reconstruteur se trouvera de ce fait, direc-

(1) V. Masselin, p. 88.

tement obligé même envers les locataires (1). Et sur ce point il nous faut avoir soin de noter ceci : c'est que le constructeur ne pourrait pas repousser l'action du locataire par une fin de non recevoir tirée de ce qu'aux termes de son bail, il est tenu de souffrir les grosses réparations (2), la raison en est simple : nous ne pouvons pas nous prévaloir de cette clause du bail, puisque nous n'avons pas été partie à l'acte.

Nous ne pouvons pas non plus opposer au locataire qu'il devrait d'abord agir contre son propriétaire et non pas contre nous ; cela va de soi puisque nous sommes l'auteur du dommage, mais ce point était intéressant à noter au cas où dans le compte d'indemnité que peut nous réclamer le propriétaire voisin, celui-ci ferait figurer les réparations payées par lui à son locataire. Dans cette espèce nous aurions le droit de nous refuser à ce paiement en lui disant notamment qu'il n'avait pas qualité pour transiger en notre nom sur ce point, que nous avons intérêt à nous défendre nous-mêmes parce que nous aurions obtenu peut-être une réduction considérable des prétentions de l'adversaire.

Disons enfin au cas où le paiement est obligatoire pour le constructeur sans contestation. il n'aura jamais à payer les conséquences dommageables qui pourraient résulter des appropriations particulières

(1) Cour de Paris, 8 déc. 1874, art. 1724 du Code civil.

(2) Cour de Paris, 8 août 1873.

des travaux d'art, ou de nature exceptionnelle que chacun des voisins peut avoir faits de son côté. Il faut en effet une base et une limite certaines à sa responsabilité. Mais c'est là la seule restriction à laquelle il puisse prétendre. Par exemple, si par sa faute les travaux ont duré deux mois, il ne pourra pas restreindre à 20 jours l'indemnité dont il est débiteur, sous prétexte qu'aux termes de l'art. 1724 le locataire est tenu de subir sans indemnité 40 jours de travaux. Cet article règle en effet les rapports du propriétaire et de son locataire il ne règle aucunement ceux du locataire avec des tiers (1). De même encore le constructeur ne pourrait pas dans le but de restreindre l'indemnité, tirer argument de ce que les lieux troublés par lui n'étaient pas souvent habités, qu'ils n'étaient qu'un pied-à-terre pour de courts séjours. L'indemnité due par lui consiste en effet dans le remboursement de ce que le locataire a payé sans cause (2) par suite de trouble ou de privation de jouissance matérielle. Il n'y a donc pas lieu de tenir compte du *modus vivendi* du locataire, de même qu'on ne tiendrait pas compte du préjudice commercial subi par une usine.

De tout ceci on peut tirer une conséquence pratique : il sera prudent pour le constructeur de faire prendre à son entrepreneur l'engagement de terminer les travaux avant un délai de 40 jours de façon à ne pas encourir personnellement les dommages-intérêts.

(1) En sens contraire (Cour de Paris, 20 novembre 1866).

(2) Tribunal de la Seine, 16 janvier 1897.

4° *Exhaussement du mur.* — Le plus souvent les choses se passent de la façon suivante : Une convention en double va intervenir entre les deux propriétaires voisins : dans cette convention le constructeur expose son intention de surélever le mur, la hauteur qu'il veut lui donner, les matériaux et le mode de liaison qu'il emploiera. De son côté l'autre voisin reconnaît l'avertissement comme valable et suffisant sans qu'il soit besoin de recourir à aucune sommation ni à un acte judiciaire, et il consent à l'exhaussement proposé moyennant l'engagement par le constructeur de payer toutes surcharges dues conformément à la loi et de réparer tout dégât qu'il pourrait occasionner par son fait, le tout devant être déterminé d'ailleurs par les architectes des deux parties.

Conformément à cette convention, le règlement amiable de l'indemnité d'héberge et de surcharge est confié aux architectes. Un procès-verbal approuvé des deux voisins leur donne pouvoir à cet effet, un délai leur est quelquefois imparti dans lequel ils devront avoir établi le compte, à peine de dommages intérêts.

Le premier soin des mandataires est de dresser un état des lieux et des anciennes héberges avant le commencement des travaux : d'abord, afin d'éviter les changements que le constructeur pourrait amener dans l'avenir, et aussi pour servir de base aux droits du voisin le jour où il se prétendra lésé soit en propriété, soit pour les raccords à faire.

A la fin des travaux : nouveau constat et nouveau

mesurage. Les nouvelles héberges sont dessinées en une teinte différente, et rentrés chez eux, les architectes procèdent au récolement de ce qui a été fait, au calcul des superficies et à l'estimation par mètres cubes des mitoyennetés nouvelles et des surcharges à payer.

Tel est dans ses grandes lignes le mode de procéder quand l'un des copropriétaires mitoyens a manifesté son intention de surélever. Nous estimons que pour l'exhaussement comme pour toutes les innovations concernant le mur, le consentement du voisin est nécessaire. En effet, l'art. 662 est général, et le bon sens veut que pour un travail d'une telle importance on mette le voisin dans la possibilité d'en tirer tous avantages possibles et de se parer contre ses inconvénients. (1) Ce qui nous intéresse particulièrement ce sont les comptes qui devront être établis et réglés postérieurement à ces travaux soit entre le constructeur et les entrepreneurs, soit entre les deux voisins ; nous avons à rechercher d'une part la base et le bien fondé des indemnités dont le reconstruteur peut-être comptable vis-à-vis de son copropriétaire ; et d'autre part à la charge de qui ont été mis tous les travaux que comporte l'exhaussement du mur.

Ici, comme nous l'avons vu lors de l'acquisition initiale de la mitoyenneté, nous avons à examiner s'il y a des cas où le copropriétaire peut s'opposer à la surélévation. Cette recherche de principe s'impose à nous non pas à un point de vue général qui sortirait de

(1) Voir *Gaz. du Palais*, 1884, 1, 681 ; 1883, 1, 186 ; 1885, 1, 147 ; 1892, 1, 669. — *Sirey*, 1859, 1, 180 ; 1864, 2, 220 ; 1864, 1, 165.

notre sujet, mais parce que bien souvent le communiste pourrait s'armer de cette prétention afin de réclamer de son voisin soit une indemnité pour privation de jouissance, soit une compensation pour renonciation à un droit. Et tout d'abord, est-il nécessaire à celui qui veut exhausser de *prouver l'intérêt* effectif et immédiat qu'il a à le faire. C'est intéressant à savoir car en cas de résistance le voisin pourra nécessiter un procès et nous aurons à nous demander qui succombera et à qui incomberont non seulement les frais de l'instance, mais peut-être même le paiement des dommages-intérêts pour réparation du préjudice résultant du retard occasionné. On a prétendu parfois (M. Toussaint, *Architecture*) que cette preuve était nécessaire, que la faculté accordée par l'article 658 du Code civil n'était absolu qu'en apparence, que l'exhaussement constituant en réalité une servitude autorisée, mais en tous cas une servitude gênante et qu'enfin le principe *malitiis non est indulgendum* s'imposant, on ne devait pas favoriser les caprices d'un constructeur qui voudrait surélever uniquement pour priver de lumière et d'air l'immeuble de son voisin. A cela on peut répondre tout d'abord que l'art. 658 est absolu dans ses termes, et que la seule condition qu'il impose au constructeur c'est de prendre à sa charge les frais de l'exhaussement; que par conséquent on n'a aucune preuve à faire pour user d'un droit aussi nettement accordé par la loi. C'est d'ailleurs ce qu'admet la cour de cassation (11 avril 1864) quand

elle dit que cette faculté est absolue et indépendante du plus ou *moins* de préjudice que peuvent éprouver les autres copropriétaires.

D'ailleurs outre qu'il est peu probable qu'un voisin fasse de gros frais uniquement dans un esprit de taquinerie, il faudrait admettre le principe inverse à savoir que c'est au voisin lésé à prouver, que le constructeur n'a aucun intérêt à faire des innovations; Et même dans ce cas le tribunal serait libre d'apprécier en fait s'il y a lieu de réduire à des limites plus raisonnables les prétentions du constructeur. Ajoutons qu'il sera bien rare qu'un procès réussisse sur ce point, peu de choses en effet peuvent justifier un exhaussement: la gêne occasionnée par des vues, le froid occasionné par les vents ou par le soleil tombant d'aplomb.

Nous faisons même un pas de plus dans cette voie, et nous disons que l'exhaussement est possible *alors même que la convention originellement intervenue entre les deux parties avait déterminé la hauteur des murs à construire*. En effet, interpréter ces termes dans le sens d'une prohibition de bâtir plus haut, ce serait établir une servitude « *altius non tollendi* », or dans notre droit les servitudes ne se présument pas (art. 639 du Code civil, art. 1156 à 1164 du Code civil sur l'interprétation des conventions).

Mais cette servitude *altius non tollendi* ne peut-elle pas résulter d'une façon suffisamment nette quoique implicite, de ce fait que des gouttières ont été établies

le long et sur le chaperon du mur mitoyen? Ne peut-on pas prétendre qu'il y a dans ce cas une servitude apparente et continue qui fait obstacle à l'exhaussement? Pas de doute, s'il y a titre. Mais que faut-il décider dans le silence de la convention, et même dans le cas où on pourrait opposer qu'il y a destination du père de famille prouvée par l'état des lieux? (1). En effet même au cas de destination de famille l'argument est-il bien décisif, et si j'ai vendu deux propriétés avec mitoyenneté du mur il n'est pas déraisonnable de présumer que je n'ai pas entendu établir la servitude d'égout au profit d'un des fonds. En cas de volonté contraire j'aurai pu ne pas céder la mitoyenneté ou bien m'expliquer sur ce point, l'espèce est délicate et se ramène encore à la question de savoir si dès qu'il y a mitoyenneté, la faculté de l'article 658 est absolue et sans limite quel que soit le préjudice éprouvé par le voisin; et si elle existe, quels que soient les travaux que nous allons occasionner au voisin en le forçant à déplacer sa gouttière et à l'établir sur son toit et sur son mur. Nous maintenons quant à nous, l'affirmative et nous déclarons que l'existence des chéneaux n'est pas un obstacle à la surélévation; d'autant plus qu'en admettant le contraire ce serait aller à l'encontre des droits inhérents à la mitoyenneté et méconnaître l'égalité de droit qu'elle implique, à l'exclusion de la propriété absolue.

(1) Cour de Rennes, 1^{er} mai 1874. Sirey, 1874, 2. 172.

A plus forte raison la fin de non recevoir contre l'exhaussement ne serait-elle pas fondée si elle était basée sur une prescription quelconque, car d'une part l'article 658 constitue une simple faculté et pour cette raison il n'est pas susceptible de se prescrire par le non usage ; d'autre part, l'établissement de chéneaux pendant trente ans ne constituerait jamais qu'un état de fait sans aucune base juridique, incapable par conséquent de fonder une prescription acquisitive.

Notons enfin, pour en terminer avec tous ces points préalables à l'exhaussement, que le constructeur *n'est pas obligé d'y procéder de telle façon qu'il puisse être utilisé* plus tard par le voisin dans le cas où celui-ci voudrait en acquérir plus tard la mitoyenneté. Les expectatives n'ont rien de juridique et ne peuvent mettre en échec les droits déjà nés et actuellement mis en œuvre (1).

Passons maintenant à l'examen des FRAIS de surélévation.

La première créance à acquitter par le constructeur c'est celle qui a rapport à l'expertise. Cette expertise a déterminé si le mur était en état de recevoir les constructions nouvelles ; et comme cette vérification intéressait surtout l'innovateur afin de dégager sa responsabilité vis-à-vis du voisin, et aussi parce que c'est lui qui, par son fait, l'avait rendue nécessaire ; il est de toute justice de lui en laisser la charge exclusive.

(1) Voir *Gaz. des Tribunaux*, 24 avril 1892.

Notons simplement sur ce point, qu'aux termes d'une jurisprudence constante (1), c'est à l'architecte qu'il appartient d'examiner la solidité du mur, de voir s'il y a à craindre des tassements, des déchirures du mur de soutènement, des affaissements du sous-sol fait en remblai.

Le voisin qui subit l'exhaussement est-il en droit de réclamer une *indemnité* pour l'embarras que lui causent les travaux, notamment à raison du dépôt des matériaux et du passage des ouvriers ? Nous ne le croyons pas, car l'obligation de supporter cette gêne paraît rentrer dans les obligations du voisinage ; la seule règle qu'on puisse imposer au constructeur, c'est d'agir avec rapidité et précaution en réservant le plus possible au voisin l'exercice de ses droits (2). Naturellement, au cas où le tour d'échelle existait au profit du mur sous forme de servitude ou de propriété et si le cédant a pris soin de se le réserver en cas de besoin, la situation se simplifie et les hésitations ne sont plus possibles ; cette clause vient corroborer l'obligation primordiale et naturelle entre voisins.

Une question intéressante qui se pose dès le début des travaux est celle des *fondations*. Les fondations d'un mur de clôture doivent avoir 50 centimètres de profondeur. Si l'exhaussement nécessite un excédent du maçonnerie souterraine, c'est à la charge du constructeur ; mais s'il découvre que les fondations

(1) Conseil d'Etat, Cour de cassation, Cour de Paris, 21 juillet 1875.

(2) Cours de Paris. 25 novembre 1869.

n'avaient pas à l'origine les dimensions voulues, il pourra faire payer au voisin ce qui manquait, jusqu'à concurrence de 50 centimètres, ce qui démontre en passant l'utilité des expertises en notre matière. Un autre cas peut se présenter : le mur a été construit sur d'anciens terrains excavés ; et en cours d'expertise il se révèle que les fondations ne descendent pas jusqu'au fond des carrières, mais simplement jusqu'à la première couche résistante, par exemple à un metre en contrebas du sol. Le constructeur a-t-il le droit d'exiger du voisin qu'il contribue au prolongement des fondations ? Si le mur, tel qu'il était construit, est contraire aux règlements et constitue un danger permanent, pas de doute : les travaux à frais communs s'imposent actuellement, car ils auraient dû être faits dès le début ; mais en cas contraire le constructeur conservera les dépenses à sa charge, car le mur était suffisamment solide pour son usage actuel et c'est lui exclusivement qui pour ses besoins personnels actuels ou futurs occasionne des modifications.

Rappelons, toutefois, que si dans ses travaux d'exhaussement le constructeur est amené fatalement à détruire ou détériorer les installations anormales du voisin, il ne devra de ce chef aucun dommages-intérêts ; d'une part, en effet, il ne fait qu'user d'un droit que lui accorde la loi, et, d'autre part, si ces travaux ont été faits en se servant du mur, ils ont ainsi été exécutés soit à l'encontre du règlement, soit imprudemment ou, en tous cas en connaissance de cause

car nous pouvons ici appliquer à bon escient le principe que nul n'est censé ignorer la loi. Accorder dans ce cas des indemnités au voisin, ce serait mettre les constructeurs dans l'alternative de doubler leurs frais ou de ne pas user du mur, principe évidemment contraire au vœu de la loi et absolument en dehors de l'art. 658. C'est donc au voisin à prendre ses précautions puisqu'il avait la menace permanente d'un exhaussement ou d'une reconstruction du mur ; et le reconstruteur ne devra de dommages-intérêts que s'il a gêné le voisin sans droit ou s'il a occasionné des accidents par sa faute. Par exemple, si les terres qu'il avait mises à découvert glissent et entraînent les étais qui soutenaient la maison du voisin, et qu'une partie de la maison s'écroule (ce qui est un cas fortuit pour le propriétaire vis-à-vis de son locataire), constitue au contraire une faute, soit pour le démolisseur s'il a choisi l'architecte, soit pour l'entrepreneur et l'architecte-expert par la justice et ces deux derniers seront responsables solidairement ; le premier pour avoir trop fouillé de façon à se procurer un total de matériaux plus considérable ; le second pour n'avoir pas été présent sur place afin de surveiller les travaux (1).

Parmi les espèces différentes, un préjudice qu'invoquent souvent les voisins est le suivant : En vertu des obligations du voisinage, le copropriétaire est obligé de recevoir pour moitié les eaux pluviales qui

(1) Tribunal civil de la Seine, 16 mars 1873.

tombent du mur mitoyen (Article 681 du Code civil); mais ce voisin, qui subit aujourd'hui l'exhaussement n'est-il pas fondé à réclamer une indemnité sous prétexte que, la *chute des eaux provenant d'une plus grande hauteur*, elle est plus violente, occasionne plus de dégâts et aggrave par conséquent sa situation? Il paraît difficile d'admettre ce chef de réclamation, si nous invoquons ici le principe en vertu duquel celui qui use de son droit ne lèse personne. Les parties sont libres de tenir compte de ce chef dans l'établissement du compte de surcharge, mais, ce sera, dans ce cas, une réparation librement consentie et qui n'était pas de droit (1).

Tellesontquelques-unesdesquestionsintéressantes que soulève l'exhaussement du mur. Mais le constructeur n'a pas seulement à se défendre contre les réclamations de dommages-intérêts ; il peut aussi se croire en droit de restreindre ses dépenses ou ses obligations et là encore il va avoir à lutter contre son voisin.

Une contestation fréquente concerne le *chaperon* en tuile, en bois ou en zinc qui couvrait le mur original. Au moment de l'exhaussement, il a été retiré, mais il peut encore servir et rester comme auparavant la propriété commune des deux voisins. Ce fait que le chaperon commun va désormais reposer sur la propriété exclusive d'un seul, fait-il obstacle à ce qu'il fasse encore partie des portions mitoyennes? A notre avis, la question ne fait aucun doute. Le

(1) Sirey, 1807, 2, 188.

reconstructeur doit rétablir, autant qu'il le peut, l'ancien état de choses, et c'est se conformer à cette obligation que de rétablir le chaperon à ses frais et dans les conditions indiquées ; le voisin surelevé ne peut pas lui imposer l'acquisition du chaperon en propriété exclusive.

Mais ceci est une dépense relativement peu considérable et il est possible que les parties se mettent d'accord à ce sujet.

Des questions plus graves concernent les *cheminées*.

Le copropriétaire qui surélève le mur est-il tenu d'exhausser aussi les cheminées du voisin ? Deux cas peuvent se présenter : les tuyaux peuvent être incorporés dans la demie épaisseur du mur ; dans ce cas on doit décider qu'ils devront être prolongés jusqu'au sommet, à condition que cette incorporation primitive soit conforme aux règlements et le constructeur doit les surélever parce que, d'une part, il ne pourrait construire dessus sans les boucher, et que d'autre part s'il modifiait l'état de choses ancien ce serait par suite de ses nouveaux travaux, donc par son fait, et qu'on ne peut pas même en usant de ses droits annihiler les droits d'autrui légitimement acquis dans la portion mitoyenne. Si, au contraire, les tuyaux sont simplement adossés contre le mur, le reconstructeur n'est pas tenu de les surélever (1) parce que dans l'espèce en surélevant il use de son droit sans supprimer celui

(1) Cour de Paris, 31 décembre 1868.

d'autrui ; il ne fait que le gêner un peu car le tirage est encore possible dans les conditions nouvelles.

Notons d'ailleurs que bien souvent en pratique, le constructeur trouvera son intérêt à prolonger les cheminées à ses frais, au cas où elles l'incommoderaient par leur odeur ou dégraderaient par la fumée la partie exhaussée.

Ce que nous venons de dire pour les cheminées s'applique, bien entendu aux ventilateurs des fosses d'aisances.

Une espèce particulière et qui rentre encore dans les économies que prétend réaliser le constructeur, est la suivante : Le voisin qui exhausse *peut-il le faire sans donner à la portion de mur surélevée l'épaisseur de la partie surchargée* et aussi sans lui donner pour axe, l'axe séparative des deux héritages ? Il peut y avoir des raisons de douter et notamment le voisin ne peut-il pas, par la suite, demander la suppression de cet exhaussement au cas où il est insuffisant pour ses besoins, et pour cette raison-là, la reconstruction à frais communs d'un nouveau mur ayant l'épaisseur normale et primitive ?

Sur cette première question nous ne croyons pas que l'affirmative soit possible. Quand le voisin a vu construire un faible mur en briques sur le mur en moellons, il n'avait qu'à s'y opposer et offrir dès le début à construire un exhaussement solide pour le cas où il voudrait en user un jour (1). Le seul point

(1) En ce sens : Cassation 18 août 1874. Dalloz 1875, 1, 155.

à éclaircir serait donc dans ce cas celui de savoir si la surélévation n'a pas été faite par surprise et à l'insu du voisin ; il est bien évident alors qu'on ne pourra pas le dépouiller d'un droit qu'il n'était pas à même de faire valoir. D'ailleurs, si le constructeur agit sans avertir son copropriétaire, il contrevient à l'art. 662 du C. civ. qui exige le consentement du voisin pour tous les travaux, et pour cette raison, il n'a qu'à s'en prendre à lui si des frais supplémentaires lui sont occasionnés. Mais s'il est établi que le voisin a été avisé des travaux, la seule obligation du constructeur est de payer le coût de son exhaussement, l'entretien de la portion exhaussee et l'indemnité de surcharge, et si un jour le voisin veut un mur plus solide pour ses besoins personnels, ce sera à lui à démolir et à le reconstruire à ses frais. (Art. 658 et 659 du Code civil.

Une autre objection est faite à cette possibilité de construire en réduisant l'épaisseur. Ne peut-on pas dire que la portion sur laquelle la surélévation n'a pas été posée et que le constructeur a laissée libre de son côté pour en jouir comme appui constitue une usurpation exclusive contraire aux principes de la mitoyenneté, ou dont en tous cas le constructeur doit indemnité au voisin (art. 545 du Code civil et art. 1382). La société centrale des architectes estime en effet qu'il y a usurpation de ce chef et condamne cette façon de procéder. Mais il suffit de remarquer que dans plusieurs de ses dispositions la loi en matière de

mitoyenneté permet certaines jouissances exclusives sans songer un instant à les qualifier d'usage indu. Dira-t-on en effet que quand il surelève sur toute la largeur du mur primitif le voisin excède du double les droits qu'il peut avoir? puisque la loi le permet expressément, c'est donc que cette prise de possession est licite, et d'ailleurs, dès l'instant que le voisin a été dans la possibilité d'éviter la situation actuelle où qu'il a actuellement encore la faculté de la faire cesser, on ne peut pas parler d'une entreprise contraire au droit et dont réparation serait due.

Nous sommes parvenus au chapitre du compte le plus délicat à régler en matière d'exhaussement, il s'agit de l'indemnité de surcharge.

Nous avons à examiner dans quels cas elle est due, comment elle est calculée, et enfin s'il n'y a pas de cas où elle peut être diminuée, remboursée, ou supprimée.

1° *Dans quels cas est due l'indemnité de surcharge.* — Un point qui ne fait aucun doute c'est qu'elle est due quand la surélévation est pratiquée en cours de mitoyenneté sur le mur déjà mitoyen. C'est même le cas précis qui est prévu par la loi. Le but de cette indemnité payée au voisin qui n'use pas de l'exhaussement est assez clair pour qu'on n'y insiste pas : le mur étant plus élevé fatiguera plus vite, la clôture primitive ayant désormais à supporter un poids considérable s'usera plus rapidement et nécessitera des réfections plus fréquentes : il fallait tenir compte

au voisin de ce préjudice que son copropriétaire lui occasionnait par son fait.

Mais l'indemnité de surcharge m'est-elle due par le propriétaire du mur si dès l'origine je n'acquière la mitoyenneté de son mur que jusqu'à hauteur de clôture, alors qu'il est un mur de bâtiment; ou bien si mes bâtiments étant moins élevés que les siens je n'acquiers la mitoyenneté que partiellement dans le sens de la hauteur? La question est très controversée entre la doctrine et la jurisprudence. La doctrine la résout par la négative en s'en tenant aux termes de l'article 658 du Code civil, la jurisprudence au contraire estime que l'indemnité est due dans tous les cas. La première opinion semble la seule rationnelle. En effet, en l'absence de termes précis inscrits dans la loi, on est dans la nécessité de raisonner en équité en se conformant à l'esprit de la législation sur la matière.

Or, nous le disions, il y a un instant, le but de l'indemnité est de réparer le dommage causé au voisin par le fait du constructeur. Cette raison d'être, existe-t-elle ici? Nous ne l'apercevons pas puisqu'en construisant son mur à la hauteur qui lui plaisait, le cédant n'a fait qu'user de son droit de propriété exclusive et ne pouvait causer aucun dommage aux tiers. D'autre part nous l'avons rappelé à plusieurs reprises, la cession qui est faite est la cession du mur tel qu'il se comporte avec les imperfections ou les particularités qu'on peut y apercevoir; enfin il est certain que si le mur cédé est un mur à toute hauteur avec puits profond et

grande épaisseur et que l'acquisition ne porte que sur les dimensions de clôture, le prix aura été déterminé dans ces proportions et en tenant compte des réductions demandées, car somme toute, dans l'espèce, c'est le cédant qui reste propriétaire exclusif de la plus-value de force donnée au mur.

Dans une espèce analogue, quand avant de surélever, le constructeur *a augmenté les fondations* de façon à appuyer plus solidement ses nouveaux travaux et que la charge du mur mitoyen porte directement sur ses fondations, nous refusons encore toute indemnité, car le propriétaire du mur ne peut pas être rendu responsable d'une situation nouvelle qui est entièrement créée par son voisin, et ne peut être tenu à indemnité pour un préjudice dont il ne pouvait même pas prévoir la possibilité, alors surtout que quand il a construit il agissait en qualité de propriétaire exclusif et absolu. Autrement dit, quant à leurs effets, les principes de la mitoyenneté ne peuvent rétroagir et ce qu'un voisin a fait en qualité de seul propriétaire, lui est acquis d'une façon irrévocable sans que ses actes puissent un jour lui être opposés pour lui nuire. (Voir Fremy, Ligneville, p. 67, tome II). D'ailleurs ce qui repose sur les fondations nouvelles c'est la chose du constructeur lui-même aussi bien que celle du voisin puisqu'ils en sont copropriétaires. — Une dernière question peut encore se poser. Quand un mur mitoyen qui avait été exhausé tombe de vétusté et qu'on le *relève* tel qu'il se comportait auparavant,

par conséquent avec son exhaussement, une *deuxième indemnité* de surcharge est-elle due au copropriétaire par celui qui avait surélevé? L'affirmative paraît rationnelle si l'on considère que la première indemnité avait sans doute été déterminée et payée en proportion seulement de ce que devait durer l'ancien mur (1); et cette deuxième indemnité serait due à notre avis même si l'ancien mur mitoyen était reconstruit en sous œuvre sans qu'on eut à démolir et à reconstruire l'exhaussement (2), car la raison d'être de l'indemnité c'est toujours le poids occasionné et la fatigue causée au mur qu'il soit ancien ou neuf. Malgré tout une cause d'hésitation existe parmi les auteurs. En équité, disent-ils, il est injuste de faire payer sans cesse l'indemnité de surcharge, car en quatorze ans l'indemnité reçue est doublée par l'intérêt composé (3).

D'autre part on ajoute qu'en droit, dès que l'ancien mur mitoyen disparaît, l'œuvre de destruction hâtive par la partie exhaussée est terminée. On est dans une situation juridique toute nouvelle et qui est la suivante : c'est le cas déjà vu d'un mur de bâtiment dont on n'acquiert la mitoyenneté que jusqu'à hauteur de clôture. Or, dans cette hypothèse, l'acquéreur mitoyen n'a droit à aucune indemnité, car aux termes de la loi il n'y a pas surcharge proprement dite.

(1) Voir Sirey, 1845. 2, 523.

(2) Contrà. Fremy Liqueville, t. II, p. 64.

(3) M. Masselin, *Les murs mitoyens*, p. 386.

Nous doutons quand à nous que ces considérations soient décisives. L'argument d'équité que l'on produit au sujet de l'anatocisme n'a pas plus de valeur ici que pour les autres dettes ; on n'a jamais vu ces dettes augmentées ou réduites de plein droit sous prétexte que leurs intérêts sont susceptibles d'être capitalisés. que le mur soit le mur primitif ou une nouvelle construction, les dépenses d'entretien n'en sont pas moins augmentées, et que ce soit au moyen d'une indemnité supplémentaire de surcharge ou d'une nouvelle répartition des dépenses d'entretien, le constructeur doit tenir compte au voisin des dommages qu'il lui cause par son fait.

La comparaison que l'on fait avec l'acquisition partielle en hauteur n'est pas non plus acceptable. Nous l'avons précisé : si le propriétaire original du mur ne doit aucune indemnité à celui qui ne lui acquiert que la base du mur, c'est qu'il a agi au moment de la construction en propriétaire exclusif et absolu, et d'autre part c'est aussi parce que l'acquéreur connaissait visiblement l'état des choses qu'il allait acquérir et pouvait en déterminer le prêt en conséquence. Mais l'espèce qui nous occupe est toute différente. Non seulement quand le copropriétaire a exhaussé il n'agit pas en maître exclusif des bases sur lesquelles il construit, mais il cause en outre un dommage réel à son communiste ; dira-t-on que quand le mur est tombé, le voisin qui n'a pas exhaussé ne contribuera à la reconstruction du soubassement qu'à

frais communs, c'est-à-dire pour moitié, ou que s'il le désire il n'a qu'à lui donner à ses frais une épaisseur plus considérable pour éviter une rechute hâtive que cette fois il est dans la possibilité de prévoir ? mais ici encore cet excédent de dépenses, ou en tous cas leur plus grande fréquence, sont occasionnés par le reconstruteur et en conséquence, sous une forme ou sous une autre, ce dernier doit en indemniser son voisin même après la reconstruction du nouveau mur.

2° Comment est calculée l'indemnité de surcharge ?

Il nous est nécessaire de résoudre cette question car la loi ne l'a pas fait. Elle dit : « l'indemnité en raison de l'exhaussement et suivant la valeur ». Que veulent dire ces termes ; que considère-t-on dans l'exhaussement et quelle valeur prend on pour base ? A cet égard on peut concevoir trois systèmes :

1^{er} Système. — L'indemnité d'exhaussement c'est-à-dire de la charge est calculée en raison du poids produit par l'exhaussement par rapport à la valeur de la partie chargée. En effet puisque l'indemnité est due parce que le mur reçoit un poids plus lourd et qu'il aura par ce fait une durée moindre, le poids réel des nouveaux travaux paraît devoir être le seul critérium rationnel, on examinera donc en fait leur force de tassement, si le mur est construit en poteries, ou s'il y a des tuyaux de cheminées incorporés dans le mur et qui diminuent son poids d'autant, comme aussi les

dimensions en hauteur et en longueur de l'exhaussement construit.

2° *Système*. — La société centrale des architectes n'admet pas la théorie précédente, et depuis de longues années elle prend comme base de calcul pour déterminer la surcharge, une proportion déterminée à l'avance. (Voir Masselin, les *Murs mitoyens*, édition de 1875, p. 207 à 215). Mais cette méthode de l'a priori est évidemment mauvaise et arbitraire en la matière (1). Elle risque de blesser l'équité et de ne pas procurer une réparation proportionnelle au préjudice causé. Et la meilleure preuve des difficultés qu'on a à faire cadrer cette méthode avec les données de la réalité, c'est que de temps à autre la société centrale modifie ses bases d'évaluation. Elle avait d'abord admis l'indemnité égale au $1/6^e$ de la valeur de la partie chargée, puis on la réduisit au $1/10^e$, au $1/12^e$, au $1/15^e$ et aujourd'hui on tend à se fixer au vingtième pour tous les cas.

3° *Système*. — Ce système est le nôtre et nous l'adoptons parce que nous croyons qu'on doit le plus possible se rapprocher des données exactes fournies par le mesurage et l'examen des matières. Nous rejetons en conséquence la théorie de la société centrale des architectes, et nous estimons que l'indemnité de surcharge devra se déterminer au moyen des recherches suivantes : 1° Le poids de la partie qui constitue

(1) Pothier, société, n° 213. Perrin, Rendu, Sirey, n° 2974.

l'exhaussement ; 2° la valeur ou du moins la moitié de la valeur du mur primitif tel qu'il est et suivant les matériaux qui ont été effectivement employés, si l'acquisition de la mitoyenneté n'était pas forcée ; au contraire, selon la valeur des matériaux ordinaires et communément employés, s'il s'agit de la clôture obligatoire des villes.

Ce n'est qu'avec ces données qu'on pourra faire utilement les calculs techniques de la résistance de l'ancien mur et de la force de destruction de la partie surélevée, comme aussi déterminer approximativement la durée possible et les travaux de consolidation qui seront nécessaires au nouveau mur, tel qu'il se comportera après les travaux. Ce n'est qu'alors, et après comparaison faite du coût et des époques anciennes de réparation, qu'on pourra mettre à la charge de celui qui a surélevé, l'excédent de dépenses par lui occasionné (1).

A ces conditions, et sous ces réserves, nous admettons aisément la restriction qu'apporte la société centrale lorsqu'elle dit que l'indemnité ne devra pas excéder les 8/9 de la valeur de la demi-mitoyenneté car en effet l'indemnité ne peut dépasser le préjudice causé.

Avant de clore notre chapitre sur l'exhaussement, nous avons encore une question à résoudre où nous allons voir apparaître la possibilité d'un nouveau compte entre les deux communistes.

(1) Voir Tribunal civil de la Seine, 17 novembre 1898.

Quelle est *la situation* de celui qui a surélevé, relativement à la portion surélevée ?

On peut répondre qu'il est propriétaire exclusif et absolu de cette portion jusqu'au jour où le voisin viendra lui demander la mitoyenneté de ce qu'il a construit.

Il est propriétaire exclusif donc il peut en user comme il l'entend, soit pour y appuyer ou sceller des aménagements, soit en y apposant des affiches ou réclames, etc. Mais a-t-il le droit d'y ouvrir des jours ? C'est le point indécis en la matière et sur lequel la jurisprudence est hésitante. Ceux qui refusent cette faculté au constructeur s'appuient d'une part sur l'article 658 du Code civil, qui réduit la faveur du copropriétaire uniquement à l'exhaussement, et d'autre part sur l'article 676, qui ne permet les jours pratiqués dans un mur non mitoyen que s'il joint immédiatement l'héritage d'autrui. Or, dit-on, nous ne sommes pas dans les termes de l'article 676, puisqu'il y a cette particularité qu'entre le sol et la portion de mur appartenant au constructeur il y a une partie indivise ; donc nous ne sommes pas *propriétaire* d'un mur joignant immédiatement le fonds voisin (1).

L'autre théorie, moins rigoureuse et que nous admettons pour cette seule raison, estime au contraire que celui qui a surélevé le mur remplit les deux conditions de l'article 676. Et d'abord quant à la portion surélevée, je suis bien propriétaire exclusif et peu

(1) En ce sens, Cambrai, 17 février 1810.

importe que le reste du mur soit indivis, puisque ce n'est pas là que je demande à établir des jours ; ensuite je joins immédiatement l'héritage d'autrui, car la partie exhausmée est en réalité amalgamée avec la partie mitoyenne et constitue bien un tout uniforme. Ce n'est que par un enfantillage qu'on joue ainsi sur les mots. Enfin cette faculté d'ouvrir des jours dans la partie haute ne peut causer aucun dommage au voisin, puisqu'elle allège d'autant la construction nouvelle, et puisqu'au cas où le voisin voudrait en acquérir la mitoyenneté pour en jouir à son tour, il serait en droit d'exiger la clôture des jours aux frais du constructeur.

Donc le voisin qui a surélevé est propriétaire exclusif et absolu sous la seule restriction de ne pas nuire à la copropriété. Et cette propriété exclusive subsiste jusqu'au jour où le voisin manifeste son intention de jouir lui aussi de la partie exhausmée. A ce moment là interviendra une convention pour déterminer la contreprestation à fournir par l'acquéreur. Quels seront alors les éléments du compte ? Autrement dit que devra payer l'acquéreur ? Ici ce ne sont plus les mêmes principes qu'au cas d'acquisition de la mitoyenneté d'un mur ordinaire. Ce n'est plus la valeur actuelle de la moitié qu'il devra rembourser, mais le montant intégral de ce que l'exhaussement a coûté. (Article 658 du Code civ.) Qu'est-ce à dire ? est-ce donc que la cession n'a plus ici le caractère d'une vente puisque le prix ne se détermine plus d'après l'état de l'objet au

moment de la vente. Ce n'est pas là la raison, et si la loi déroge ici à la théorie que nous avons admise et que nous considérons comme étant celle du Code de 1804, c'est qu'il y avait une fraude à éviter. Le copropriétaire qui a eu connaissance des travaux puisqu'il a donné son autorisation à cette fin, aurait pu se livrer à une spéculation malhonnête, laisser faire les travaux et s'en attribuer le profit après coup, quand une moins value considérable aurait diminué indirectement le prix à payer par lui. Pour déjouer cette manœuvre frauduleuse il fallait imposer au voisin le paiement exact de ce que la maçonnerie avait coûté. Et pour observer le système de la loi sur tous les points, il faut décider aussi que le voisin acquéreur devra rembourser au constructeur la moitié des dépenses accessoires qu'il avait dû supporter entièrement comme suite ou comme préparatif de ses travaux (étalement et déplacement, raccord et repose du chaperon); de même pour les fondations supplémentaires au-dessous des fondations primitives; de même aussi pour la surélévation des tuyaux incorporés au mur, qui appartenaient au voisin non constructeur et qui ont dû être déplacés par l'innovateur. L'acquéreur actuel en devra le remboursement intégral parce qu'en cas contraire il se procurerait un enrichissement indu au détriment du voisin (1). Enfin toujours en vertu du même principe il faut imposer à l'acquéreur actuel le remboursement de toutes indemnités

(1) Voir *Moniteur de Lyon*, 21 avril 1896.

de surcharge qu'il a pu recevoir, car en les conservant ce serait un moyen indirect de réduire son prix d'acquisition et de léser indûment son voisin.

Pour terminer sur cette matière, une dernière question peut se poser :

La situation inverse de celle que nous venons de voir ne peut-elle pas se présenter ? Autrement dit, au lieu que ce soit le voisin qui veuille acquérir la copropriété de l'exhaussement, il peut se faire que ce soit le constructeur qui veuille abandonner la portion qu'il a surelevée.

Evidemment, il en a le droit, de même que tout propriétaire peut délaisser ce qui lui appartient, mais cette prétention ne pourra se réaliser que moyennant certaines conditions. La propriété exclusive qu'il abandonne repose sur une copropriété et même en admettant que sa renonciation porte sur toute la clôture, il faut dire que sa propriété repose sur la propriété désormais exclusive du voisin. Dès lors, il ne peut pas user du droit d'abandon si l'exercice de ce droit nuit à autrui, et comme dans l'espèce par son fait et à cause des travaux exécutés par lui, il gêne le voisin, comme il est même l'occasion d'un danger permanent pour l'immeuble contigu puisque le mur non entretenu s'écroulera un jour, dans ces conditions, le constructeur de l'exhaussement ne peut pas abandonner purement et simplement la clôture telle qu'elle avait été transformée par lui. Il doit abattre la portion surelevée, et ce n'est que quand les lieux

auront été remis dans leur état primitif qu'il pourra notifier son intention de délaissement quant à la partie surchargée. Tel est notre avis tant qu'une convention n'est pas venu préciser un accord sur ce point ou un autre *modus vivendi*. Le constructeur ne serait même pas fondé à prétendre que le voisin peut se contenter d'une indemnité représentative du préjudice. Le préjudice causé, on ne le connaît pas, il dépend des intentions du voisin sur l'usage du mur et en l'absence d'une évaluation forfaitaire, on ne peut savoir davantage les ennuis et les dégâts qu'occasionnera la chute de l'exhaussement (1).

(1) Voir sur ce point Dalloz, 1864, 4, 109, qui se décide en notre sens dans une situation analogue, et qui dit que l'on ne peut pas abandonner accessoirement les constructions adossées au mur mitoyen pour cette raison qu'elles ne sont sans doute bonnes qu'à être démolies, et qu'en tous cas le voisin ne peut être obligé d'accepter un agrandissement de propriété dont il n'a que faire et qui peut lui être onéreux par sa situation ou par ses charges.

CONCLUSION

En résumé nous avons essayé de démontrer dans notre étude que la cession de la mitoyenneté doit rentrer dans le droit commun ; qu'elle constitue une vente normale bien que son résultat définitif soit de créer un état de copropriété ; mais peu importe le but, il est sans influence sur le caractère de l'opération intervenue. La cession de mitoyenneté est une vente avec ses éléments et ses garanties ordinaires ; la créance qui en résulte est soumise aux règles de droit commun, et les tiers auxquels on l'oppose disposent pour s'en garantir des mêmes ressources que partout ailleurs.

Dans la plupart des hypothèses que nous avons examinées, nous avons vu que la meilleure des solutions proposée était celle qui se rapproche des règles ordinaires ; notre système à tout au moins l'avantage de ne pas jeter de perturbations dans les habitudes acquises ; il a aussi la qualité appréciable d'indiquer à l'avance et sans doute possible aux par-

ties en cause les conséquences du contrat et les précautions à prendre pour faire valoir leurs droits incontestés.

Pour les cas où la loi n'était pas explicite et où les droits étaient douteux, nous avons usé surtout d'équité ; c'est qu'en effet les relations de voisinage comportent plus que partout ailleurs des concessions et des tolérances. Dans nos solutions diverses nous avons cru devoir nous inspirer de la loi elle-même qui, dans différents endroits, réserve la bonne entente. Elle en tient compte notamment quand elle se refuse à admettre la prescription acquisitive ; nous en avons tenu compte pour déjouer les manœuvres possibles des voisins peu scrupuleux, ou leur prétention à imposer à d'autres des dépenses inutiles ou des acquisitions onéreuses. Nous avons cru faire œuvre de doctrine utilitaire en ne compliquant pas les principes juridiques en nous inspirant exclusivement de l'esprit du Code et en nous référant simplement aux articles sur l'interprétation des conventions quand les textes sur la matière ou le désir du législateur n'étaient pas suffisamment précis.

Vu : LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,
E. CHAVEGRIN.

Vu : LE DOYEN,
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

LE VICE-RECTEUR DE L'ACADÉMIE DE PARIS,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
PRÉLIMINAIRES.....	1

CHAPITRE 1^{er}

<i>Cas d'usurpation</i>	5
Quels sont les cas de dépossession.....	7
Cas de construction du mur par le locataire.....	10
Incapacités.....	12
Sanction de l'usurpation.....	16

CHAPITRE II

<i>Acquisition de la mitoyenneté</i>	21
1. Par le seul usage?.....	22
2. Seulement après le paiement?.....	26
3. Après la convention ou le jugement?.....	27
Avantage de ce dernier système.....	31
La mitoyenneté est-elle toujours possible?.....	35
1. Le voisin ne veut pas céder :	
Servitude préexistante.....	37
Renonciation.....	39
Construction en retrait.....	40
2. Le voisin ne veut pas acquérir :	
Mise en demeure.....	42
Aucune mise en demeure.....	46

CHAPITRE III

	Pages.
<i>Etablissement du compte</i>	48
Acquisition amiable du mur déjà construit.....	50
I. Compte normal :	
1. Dimensions	52
2. Matériaux.....	55
II. Comptes particuliers :	
1. Hauteurs inégales	59
2. Dégradations. Surcharges.....	61
3. Tour d'échelle. Solins.....	63
III. Débours superflus ou facultatifs :	
Luxe	63
Malfaçons.....	64
Honoraires architecte.....	66
Expertise.....	69
Frais d'expertise.....	72
Fautes et retards. Offres	75
Frais d'acte	76

CHAPITRE IV

<i>Nature de la cession et de la créance</i>	78
1. Vente?.....	80
2. Servitude?.....	85
3. Article 1184 des contrats synallagmatiques?.....	88
4. Droit spécial?.....	89
Notre conclusion.....	91

CHAPITRE V

<i>Contre qui agir en paiement? Intérêt de la question</i>	100
Action personnelle	100
Garantie de l'action personnelle. Inscrire?.....	102

	Pages.
C'est toujours utile.....	106
C'est toujours possible.....	113
C'est toujours nécessaire même par l'entrepreneur	114
Quid ? Quand la propriété réside sur deux têtes.....	117

CHAPITRE VI

<i>A qui payer ? Transcrire ?</i>	123
C'est conforme à la loi.....	124
C'est utile.....	126
Créanciers hypothécaires.....	129
Cessionnaires.....	142
Entrepreneurs.....	143
Cédant.....	143

CHAPITRE VII

<i>Mitogenneté en cours</i>	146
Usage abusif.....	149
Entretien. Abandon possible.....	153
Reconstruction :	
Cas où elle est rendue nécessaire.....	156
Délabrement.....	157
Intérêt d'un voisin.....	160
Comment faire la répartition des frais ?	164
Jurisprudence nouvelle.....	165
Quid. des locataires ?	173
Exhaussement :	
Cas où il paraît impossible.....	177
Pas d'intérêt.....	180
Servitude.....	181
Frais. Indemnités :	
Fondations.....	183
Chute des eaux.....	187

Chaperon	187
Cheminées	188
Construction au-delà de l'axe du mur.....	189
Indemnité de surcharge :	
1. Cas où elle est due. Surélévation préexistante....	191
Fondations augmentées	193
Reconstruction.....	193
2. Son calcul.....	197
Droits sur l'exhaussement.....	199
Conclusion	205



BUZANÇAIS (INDRE), IMPRIMERIE F. DEVERDUN.
